200 [illegible]

al-Wansharīsī, Aḥmad ibn Yaḥyā

ʿUddat al-furūq

كتاب عدة الفروق

في تلخيص ما في المذهب من الجموع والفروق
لحافظ المذهب وزعيمه أبي العباس
سيدي أحمد الونشريسي مولف
كتاب المعيار المعرب
وغيره رحمه الله
تعالى ورضي
عنه

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

الحمد لله الذي وسعت رحمته كل شيء وعمت نعمته كل فينة وحين والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد الذي فرق بين الحق والباطل فأذهب كل ضلالة وغي المبعوث لكافة الخلق من آل لؤي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الذين محوا بسيوفهم الكفر وأعلنوا الإسلام ونشروا أعلام السنة بعد الكفر صلاة وتسليما يضوع عرفهما عرف الروضة أما بعد فإني قد كنت وضعت في الجموع والفروق مجموعا مطبوعا وسميته بعدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ويشتمل به على جمل كثير من أمهات المسائل الواقعة في المدونة وغيرها من أمهات الروايات ثم إن بعض الشيوخ ممن له جرأة وتسليط على الأموال والمهج انتهبه في جملة الأسباب منه وغاب به عني فأدركني من ذلك غاية المشقة والحرج فلجأت إلى الله تعالى في تجديده وقرعت باب الفرج بعثه الله عز وجل بالباب الكريم لإعادته وتجديده فجاء بحمد الله وتأييده على وجه أنسى من الأول وأبهج والله أسأل أن ينفع بجملته وتفصيله كل من سعى في اقتنائه وتحصيله إنه ولي ذلك فنعم المولى ونعم المالك

فروق كتاب الطهارة

وإنما يكره أن يتوضأ بماء قد توضئ به مرة ولا يكره أن يتيمم بتراب قد تيمم به لأن الماء لا بد أن يتحلل فيه أوساخ ولا كذلك التراب قاله عبد الحق وابن رشد وإنما لا يطهر ثوب العسل بالغسل على المشهور ويطهر جلد الميتة بالدباغ لأن تأثير الدباغ في الجلد أقوى من تأثير الغسل في ثوب العسل وإنما أثر القليل من النجاسة في

الكبير

الكثير من الطعام ولم يؤثر في الكثير من الماء لأن الماء له مزية التطهير اي انه يطهر
غيره فطلب سائر المائعات وانما استحب للمتوضئ ان يتحرز تنزيها للصلاة ولم
يستحب لمن في الرجل او الجرح لان سبب الاول منفصل عنه وبسبب من الثانية
متصل به وانما يستحب غسل الخارج من الجرح والدم اذا تفاحش ويجب غسل
التفاحش من دم البراغيث لان قليله لازم الرجل والخارج منهما اكثر لانه لا يحترز
من بزاق النوم دون اليقظة ولا من بزاق اليقظة دون النوم فكان غسله لذلك وانما
يعفى عما يصيب الخف والنعل من ارواث الدواب وابوالها ولا يعفى عما يصيبهما
من غيرهما كالدم والعذرة لان الحكم فلان لا تسلم في الاغلب من ارواث الدواب وابوالها
فيعفى عن ذلك للضرورة والدم والعذرة لا يغسلان الحكم فلانه لا يكاد يأذن لبسهما من
شأن الناس ان يكثر هو اذا لك فيهما وكأنها نجاسة الدم فتبقى عليهما وارواث الدواب
وابوالها فيختلف فيهما وكانت اخف تكليف فيه من تنور العفو بالمواضع التي تكثر
فيها الدواب واما ما لا تكثر فيه الدواب فلا يعفى عنه وكره بعض جملة الطلبة ان
تغيير منه لا يحتاج اليه لانه غير ما علل به مالك من مشقة التحرز منها والبس كما ذكر انه
لا يلزم من عنده التحرز منها في الطرقات وجود كثرة الدواب في محلها والله تعالى اعلم
وانما قال ابن حبيب بالعفو عن الخف دون النعل لان المشقة في نزع الخف اشد منها في النعل من
جهة نزعه وافساده وبقي في النعل اشد منها في الرجل وانما قال ابن وهب ورواه عن مالك
ينضح بول الغلام ويغسل بول الجارية لان الصبي مخلوق من تراب فاذا مسه الماء كما ثبت
زاد فجمعه والمراة خلقت من ضلع واذا مسه الماء زاد نتنا فتنبيه قال ابن يونس وتفرقة
ابن وهب بان الذكر خلق من تراب والانثى من ضلع ليس بشيء لان المخلوق من تراب ومن ضلع هو
آدم وحوا واما من بعدهما فهو مخلوق من نطفة وينعقد في الرحم من الحيض فلا يعقل فيه
يرجع الى الاصل وانما قال مالك في الاناء يلغ فيه الكلب ان كان يغسل سبعا يهرق الماء
وحده دون الطعام مع ان الحديث ليس فيه تخصيص الماء من غيره لان اواني الماء هي التي
يعرضها الكلاب غالبا ويتبذلها الناس ولا يكاد تصان واما اواني الطعام فشأن الناس

السير

التنبيه عليها فيما هي مصونة عن الكلاب في الاغلب فحمل ما ذكر الحديث على ما يحمل الكلاب
في الاغلب وايضا فانه لما كان يطرح غسل الاناء منه سبعا ظنيا لم يرتفع
عنه الحدث وعنه في هذا الفرع مع اجل حق غسل الاناء سبعا انما هو تعبد لا للنجاسة
فلا فرق في هذا العبادة بين طرح ما في الاناء وتركه وانما قال مالك فيمن صلى
بثوب نجس او على مكان نجس انه يعيد في الوقت والوقت في الظهر والعصر الى
ان تصفر وفي المغرب والعشاء الليل كله لان التنفل ورد عن فعل النافلة بعد
ان تصفر فاعادة الصلاة فيه جنس من النافلة بخلاف الليل فانه لم يرد فيه
نهي فيعيد الصلاة في جميعه الى طلوع الفجر تنبيه لم يرتض الشيخ ابو الحسن
اللخمي رحمه الله هذا الفرق وقال ان يتم لان اعادة في بقية الوقت لا بنية النفل
وانما قال مالك انه لم يتبين موضع النجاسة من الثوب يغسل جميعه وقال اذا
اختلط ثوب نجس وطاهر ولم يتبين الطاهر منهما يتحرى احدهما لان الاصل في كل واحد
من الثوبين على انفراده الطهارة فيستند اجتهاده الى اصل وليس كذلك في الثوب الواحد
لان حكم الاصل فيه ارتفع لتحقق حصول النجاسة فيه فيجب غسله قاله ابن شاس
ولا يتحرى فيه وانما قال مالك اذا صلى بثوب نجس او حرير انه امرا يغسله به يعيد في
الوقت واذا طاف وفي ثوبه نجاسة في الطواف الواجب انه لا يعيد لان الطواف ليس له
وقت محدود فاشبه الصلاة الفائتة قاله ابن يونس وانما تجوز للطاهر في وقت
الضرورة وجعل المكلف اذا صلى بثوب نجس او بدن نجس او على مكان نجس يعيد ما دام الوقت مطلقا
ولم يجعل ذلك في الصحيح بل انتهى فيه على وقت الاختيار لان الاعادة في الوقت انما
هي استحباب فاشبهت النفل فكما ان النفل لا يوقع في هذا الوقت وكذلك ما اشبهه
فان قلت النفل انما يمنع من بعد صلاة العصر لا من الاصفرار قيل ذلك مسلم
ولكن يتأكد المنع بعد الاصفرار فلا يتأكد قبله وبعد العصر وانما جاز تفريق
النية على الاعضاء عند بعض اصحابنا ولا يجوز تفريقها على اركان الصلاة وان كانا
مع ان كلا منهما عبادة تبطل بالحدث لان الوضوء يجوز ان يتخلله ما ليس من جنسه ولا

قوله وانما جاز تفريق النية ...

يتخلله

يعسر فيه التفريق في التيمم فجاز تفريق النية على أركانه ولا كذلك الصلاة فإنه لا يجوز
أن يتخللها ما ليس من جنسها ولا يجوز فيها التفريق في التيمم فلا يجوز تفريق النية على
أركانها وفيه نظر. وإنما قال سحنون في الجنب يتيمم والحائض تجنب فتتوضأ الحائض أنه
يجزيها وإن نوت الجنابة لم يجزها بدلا من الحيض لأن موانعه أكثر إلا أنه يمنع الوطء
والصلاة والصوم ووجوب الصلاة. فكان حكمه أشد وأغلظ من حكم الجنابة فلذا
اغتسلت له أجزأها عن الجنابة بخلاف العكس. تنبيه: خرج الباجي في الذمي الناكثير
يقرأ ذلك إنما يجوز وإنما يجبر المسلم زوجته الكتابية على الغسل من الحيض ولا يجبرها
على الغسل من الجنابة لأن المسلم لا يجوز له وطء زوجته حتى تغتسل من الحيض فلما
كان الحيض مانعا من الوطء كان له إجبارها على الغسل ليستوفي حقه من الوطء
بخلاف الجنابة فإنها غير مانعة من الوطء فلم يكن له إجبارها عليه. وإنما قال
مالك يكرر الغسل ولا يكرر المسح مع أن الجميع طهارة لأن الغسل موضوع على التثقيل
فدخله التكرار لأنه لا يخرجه عن موضوعه والمسح موضوع على التخفيف فلم يدخله التكرار
لأنه يخرجه عن موضوعه. وإنما لم يجز المسح على العمامة والخمار وجاز على الخفين
لأن المشقة في نزع الخف عند إرادة الوضوء لاحقة ولا تلحق في مسح الرأس. تنبيه:
خالف أبو حنيفة فقال يجوز المسح على العمامة وحجته وحجة الأول ما روي أن
النبي صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته وعلى العمامة وذلك عندنا محمول على أنه
فعله لعذر للدلالة على وجوب التعميم وهذا الحديث حجة لنا على التعميم
إذ لولا التعميم لاقتصر على مسح الناصية والآخر أن العمامة حائل بينه وبين الرأس
فجاز المسح عليهما قياسا على الشعر قال ابن راشد وهذا سمعته من بعض المدرسين
بالمدرسة الكاملية فقلت له قولنا الواجب إنما هو مسح البشرة فلما تعذرت
البشرة انتقل الحكم للشعر والفارق عنده أنه مولية أن الحقيقة إنما تعذرت وكان
لنا مجاز واحد تعين الحمل عليه وإن كان لنا مجازان أحدهما أقرب حمل على الأقرب وإذا
حمل على الأقرب فلا يحمل على الأبعد والشعر والعمامة حائل وساتر للبشرة لا كـ ثم

المراد الشعر لانه مجاز اقرب فتعين الحمل عليه واذا تعين الحمل عليه لم يحمل على العمامة
عملا بالفقه عنه. فيستمر رحمه الله قائما واجلس بالزاوية واستمر ذلك غاية
وال فيما قال مالك لا يعيد مسح راسه اذا حلقه ولا يغسل رجليه اذا خلعهما بعد ان مسح
عليهما مع انه في كلا الموضعين قاميه على حائل دون البشرة لان شعر الراس اتصل بنفسه
وليس ببدل عن غيره فاذا مسح عليه ثم زال فقد سقط الفرض عنه كما لو غسل وجهه
ثم سقطت جلدته ولا كذلك الخفان لانهما بدل من الرجلين والبدل يبطل حكمه بظهور
مبدله وايضا الشعر اذا حلق بقيت اصوله ملتصقة بالبشرة فلم تكشف البشرة فكمعور بقيت
لا يوجد عند زوال الخف فلذلك لم يطالب بالاعادة. تنبيه الزم بعض الشيوخ
الفقيه ابا الوليد الفقيه ان مسح الشعر اذا كان بدلا ان يسقط المسح على ابن قلع كما
كما يسقط الغسل عن الاقطع ولا قائل به وانما اوجبوا الوضوء على من تيقن الطهارة
وشك في الحدث على المشهور خلافا لابن يعقوب الرازي ولم يوجبوا الطلاق على من تيقن
العصمة وشك في الطلاق لان الوضوء ايسر من الطلاق ولبعضها اسباب تنقض الوضوء
فتكررت غالبا بخلاف اسباب الطلاق. تنبيه لما قرر الفقيه المقام ابو عبد
الله بن عبد السلام الفرق بين مسئلة الطلاق وبين الوضوء فارقا اشار اليه في المدونة
من الفرق واختصره ذلك انه جعل الشك في الحدث من الشك في الشرط والشك في الشرط
شك في المشروط وذلك مانع من الدخول في الصلاة والشك في الطلاق شك في حصول
مانع من استصحاب العصمة والشك في المانع لا يوجب التوقف بوجه والنكتة ان
المشكوك فيه ملغى فالشك في حصول الشرط يوجب لغو الشرط وذلك يمنع الاقدام
على المشروط والشك في المانع يوجب لغوه وذلك موجب للتمادي هـ قال ابن عرفة
رحمه الله من تامل وانصف علم ان الشك في الحدث شك في مانع لا في شرط لا كونه في مانع
بل من مشروط في غيره والمعروف ان الشك في المانع لغو مطلقا ويؤيده قوله النكتة
ان المشكوك فيه ملغى والمشكوك فيه في مسئلة الوضوء انما هو الحدث لا الوضوء
وانما قال انما يحمل الفقيه يستحب الغسل للكافر اذا اسلم وان كان جنبا يجب

الامتلاع

ابن سلمون ولم يقل باستحباب الوضوء مع ان مقتضى عموم الاسلام يجب ما قبله
شامل للاشياء في الكفار بل لان الوضوء خرج بمقتضى عموم قوله تعالى اذا قمتم الى
الصلاة فاغسلوا وبمقتضى عموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله
صلاة احدكم اذا احدث حتى يتوضأ فيبقى الغسل داخلا في العموم الاول ولم يعارضه
شيء قاله شيخ شيوخنا ابو عبد الله بن مرزوق رحمه الله وانما شرع التيمم
في الوجه واليدين دون الرأس والرجلين لان العرب من عادتهم انهم تحمل التراب على
رأسها الا لحزن او لامر كارث وان الرجلين لا يمسح عليهما بالتراب لان محلهما بالتراب
بكرة وعشيا قاله الشاشي في محاسن الشريعة وايضا وضع التراب على الرأس
علامة العداوة من الغضب والله عز وجل حبيب الغافرين ولا تكون منهما مزيقة
ولذلك لم يومر به قاله العشيري في كتاب اليواقيت وانما لا يبطل التيمم بوجود الماء
في الصلاة على المعروف في المذهب خلافا لما في الكافي عن بعض اصحابه وعللا
بالقياس على معتدة الشهور ترى الدم اثناء عدتها وقال اللخمي سحنون قال في الكافي
وهو الصحيح نظرا واختيارا وتبطل في حق العريان يجد ثوبا في الصلاة وذلك صلاة
ونافلة ابن تلاع وهو فرع عليه والزم في صلاة الجمعة لان العريان لا بدل له والذاكر
معهم وتسبب قاله ابن تلاع وتعقب العز بالنزول بالوصول في الامر فتنبيهه
رد ابن عرفة رحمه الله قياس صاحب الكافي مسألة التيمم على معتدة الشهور ترى الدم
اثناء عدتها بان نظير الدم اثناء العدة وجود الماء اثناء التيمم ونظيره في الصلاة
وجود الدم بعد حلية التزويج ومثله جواب معارض المعروف في التيمم بالمعتدة وانما
لزمه قبول الماء اذا وهب فالتبس في الاول فتنبيهه قال ابن عبد السلام رحمه الله
اذا كانت الهبة انما هي لاجل تحصيل الماء حتى ان الموهوب له لو شاء صرف الثمن
في غير الماء فتعين الواجب من ذلك فكأنه وهبه الماء فلم لا يلزمه القبول ويحتمل ان يقال
في مسألة الثمن انما تعين جزئه كما لو وهب له ثوبا وشرط عليه الا يبيع ولا يهب
فان قلت هذا لازم في الماء لانه اذا وهب له لا للاصالة لم يبق للموهوب له

له ولم يلزمه غيره لان غيره ذلك انفة في الاول
ضمنيته على ان ذلك مما يلحق الغير من

مرة في غيرها ووقع هبة الماء من الجميع فإن في هبة الزرائع والثوب فلتتبع الحجر
الجانع من نقل الملك في الهبة نعم إلا يكون للموهوب له من التصرف فإن الموهوب مثل ما
للواهب وفي هبة الماء فقد ساوى الموهوب له الواهب إذ قد كان الواهب لو أعطى
الماء مثل الموهوب له لما جاز له أخذه عن ملكه بهبة أو غيرها فتأمله قال
سيدي أبو عبد الله بن مرزوق والسؤال في غاية القوة والجواب في غاية الضعف إذ لا
يتم له إلا في واهب عوض له من الحاجة إلى الموهوب كحاجة الموهوب له إليه لا فيما
ح بيننا وبان وقد قال لا يصح للواهب في هذه الصورة إخراج الماء عن ملكه ببيع ولا
هبة حتى يصح فرض المسئلة وقد كفانا أن تقرير ثبوت هذا الجواب يؤدي إلى رفعه وكل
ما أدى ثبوته إلى نفيه فهو باطل فهذا الجواب باطل وكذا أيضا إن ما يتسلى الذهن من
أنه عين لنا على هذا الجواب بأنه قاصر والسؤال عام فاسد لأنه لا ثبوت له فلا خصوص
ولا عموم وإنما لزم شراء الماء بالدين ولم يلزم اقتراض الثمن ليشتري به والجامع أن
في كل منهما عمارة الذمة في الحالين لأن الشراء بالدين لا منة فيه إذ هو أحد أنواع البيع
وقرض الثمن فيه المنة فلا يلزمه تحملها وهذا الفرق شبيه من بعض الوجوه بالفرق بين
هبة الماء والثمن وإنما منعوا المحرم من لبس الخفين وإن وقع عليه في النعلين وأجازوا
للمحدث التيمم إذا وقع عليه في ثمن الماء لأن المحرم مختار للبس الخف ولو شاء لمشى من غير
خف وفي التيمم هو مضطر غير مختار وكان أعز قاله عبد الحق وإنما يقطع الصلاة من
سقطت جبيرته فيها ولا يقطعها من طرأ عليه الماء في أثناء الصلاة مع أن المسح على الجبيرة
الفريضة مشروط بكونها على فرضه إذ لو نسيه على الجبيرة ومسح بالذات قد وضعها على
الفرض بعد المسح لم يجزه بالاتفاق والصلاة بالتيمم مشروطة بفقد الماء والشرط
قد بطل في كلتا الصورتين فيلزم بطلان المشروط لأن مسئلة الجبيرة المشروط فيها وهو
المسح قد انتقل عن العضو انتقالا حسيا ضروريا بسقوط الجبيرة التي باشرها المسح
عنه فيلزم انتقاله حكما إذ قد صار ممسوحا لحمه ومسئلة التيمم المشروط فيها هو
التيمم ولم ينتقل عن العضو حسا وإنما انتقل إذ في حكمه مما يبطل أولا ولا يلزم من بقائه لأن

حكم المشروط حيث المشروط منتف حسا بخلاف حكمه حيث موجبه منتف حسا وانما سقوط
الجبيرة بجنابة فقطع اصبع ونحوها من نقض اعضاء التيمم في الصلاة لانه حرج ينتفي في
المشروط وهو التيمم عن تلك اللمعة حسا لبقاء موضع القطع لمعة فينتفي حكمه
كالجبيرة فهي هذا يقطع كما يقطع في الجبيرة وانما يعتبر في التوقف من تيمم على موضع
نجس وتيمم ابدا من توضأ بماء نجس كما مر مع ان الكل طهارة حدثية لا ازالة فيتوهم ان
حقيقة نجاسته باقية بالحواس والمعتبر لا يعلم ذلك فيه وانما نعلم كما ذكر بالاجتهاد
فاذا تيمم بالاجتهاد في نظرات ذي مرضه ولو امر ثاله بالتيمم على ارض اخرى لتخلص له من الاجتهاد
الى المصلحة لغرق قاله ابو بكر الثعالبي تنبيه هذا الفرق ضعيف جدا لان العفو الذي
يتوهم انه بالحواس في الماء مثل ما غلب على ظنه من النجاسة وبذلك يتوهم انه في
التراب ولان الاجتهاد في المياه يجوزه مع وجود النجاسة التي لم تغيرها عليها فكيف يجوزه
في الارض انها مع ان قلت فيه النجاسة من الارض في جنبة الماء هنا قليل وهو في الكثير
غير معتبر مع ان اعتبار التجويزات بغير علامات لا اصل له في الشرع وهو من الوسواس
وانما قالوا فيمن افتتح الصلاة بالمسح على الخف تبطل صلاته اذا تذكر حدثه في الصلاة
وقالوا فيمن وجد الماء في صلاته بالتيمم انه لا تبطل لان من افتتح الصلاة بالمسح على
الخف انما تبطل بالانتقاض الذي هو في الغسل وطهارة الفروع لا مغسولة ولا ممسوحة
وكذلك وجود الماء اذ ما يجب بوجوده بطلان الصلاة لانه تلزم الحر يتيمم مع وجود
الماء ولا يجوز له ولا يجوز له ان يصلي بالمسح مع ظهور القدمين وعدم غسلهما عن حال قال الله
ان الفجار وانما جاز المسح على الخف عقب الطهارة المائية ولم يجز عقب الطهارة الصعيد ية
مع ان الجميع طهارة فتستباح بها الصلاة لان التيمم لا يرفع الحدث فلم يجز له ان يمسح فليس
لا ضرورة في الماء يلزمه غسل رجليه ولا كذلك الطهارة المائية فانها ترفع الحدث
حتى فيه من التيمم فلا يمنعها وانما لا يجوز التيمم والبكم والشغل على البراءة الا في السبع
الذكر بل ويجوز التيمم في كل شيء على احد القولين لان الخروج عن قيل ان فلا مكلفة بعدم
الماء فيصح التيمم ولا كذلك التيمم والبكم لان الحكم فيهما متوقف بالمشقة وكلفتها

الطول المعتبر بالنوع وغسل الثانية وإن بعد مثلا وغسلها فيعتبر الحاضر وإنما
لم يوجبوا الإعادة ابتداء على من نسي الماء في رحله وصلى بالتيمم ومن نسي رقبة
كفارة وغسلها ولم يتذكرها حتى صلى لأنه يجزئه صومه لأن التيمم قد يجوز مع وجود
الماء للعذر في استعماله بعذر وجوز ترك الماء مع وجوده على وجه والصوم لا يكون مع
وجود الرقبة على وجه وأيضا التيمم رخص فيه وقت الصلاة والتكفير بالرقبة متعلقة
بوقت يفوت بفوته فمتى وجدت الرقبة بفوت وقت لها فوجب أن يجزئه الصوم كوجود
الماء في الوقت لأنه كان في حيز الأداء واجد الماء والوقت فلم يجزه ما أدى قاله ابن
يونس تنبيه هذا الذي قاله ابن يونس يحسن إذا قلنا بأن الكفارات على التراخي
وأما إذا قلنا بأنها على الفور ففيه نظر والله أعلم وإنما قال مالك تصلى النافلة
بتيمم الفريضة ولا تصلى الفريضة بتيمم النافلة مع أن الكل صلاة لأن الأصل مبني
على أن النوافل تبع للفرائض لأن الفرائض آكد فلما كان الأمر كذلك جاز أن تصلى
النافلة بتيمم الفريضة لأنها تبع لها ولم يجز أن تصلى الفريضة بتيمم النافلة لأن في
ذلك خلاف الأصول تصير الفريضة تبعا للنافلة وإنما قال مالك لا يجب
على المحرم إن لبسهما على طهارة بالماء كاملة ويمسح على الخفين والعمائم وإن
شرط بغير كفارة لأن لبس المخيط موقوف على إرادته واختياره بخلاف لبس الخفاف
والعمائم فإنه غير موقوف على اختياره فإنه قد يحتاج إليهما ويمسح على غير وضوء
وإنما تجب كفارة غاصب الخف إذا مسح عليه كالصلاة في الدار المغصوبة
والحج بالمال الحرام والتوضي بالماء المغصوب والصلاة بالثوب المغصوب والذبح
بالسكين المغصوب ولا يجب فيه المحرم الغاصب بلبس المخيط إن المحرم فقد كلف في
كفارته بالغسل ولم يأت به فلم تحصل حقيقة المأمور به وغاصب الخف أتى بالمأمور
به ولكنه جنى على صاحب الخف وكذلك ما بعدها من المسائل المأمور به فيه وجه
فيهما والعلة في المجاور تنبيه قال ابن عرفة لا نص في الخف المغصوب وفيه نظر
وقياسه على المحرم يرد بأن حق الله آكد وقياسه على مغصوب الماء يشترط به

والثوب

والثوب يصلى به والمدية يذبح بها والكلب يصاد به والحمار يحج به والصلاة
في الدار المغصوبة يرد بأنها عزائم لا من باب الرخص فلا تقاس الرخصة وهي المسح
على العزائم وورد الشيخ أبو العباس بن إدريس البجائي قياس القرافي في المسح على الخف
المغصوب على المتوضي بالماء المغصوب بأن المغصوب نفس استعماله في الوضوء فإن
وتعلقت قيمته بذمة الغاصب وبطل وجوب رد عينه سواء قلنا كل عضو يطهر بانفراده
أم لا فما حصل الوضوء إلا حالة فواته وتعلق قيمته بالذمة في حالة وجوب رد
عينه وأجاب القاضي أبو عبد الله بن عقاب التونسي عن هذا فضية
بالفرق بين النهي لعارض والنهي لذاته وذلك أن المحرم النهي في حقه نهي خاص وهو لبس
الخف وثبت أنه حرام لتعلقه بعينه فقويت المنافاة بين كونه حراما ولبس الخف والمتوضي
النهي في حقه نهي عام لأنه ممنوع من لبس الخف المغصوب ومن الوضوء وقبله وبعده
فلا منافاة بين لبس الخف والوضوء لتعلقه بعينه فيتنزل الأول منزلة دلالة المطابقة
والثاني منزلة التضمن وقد علم من مذهب ابن القاسم أن النهي لعارض أخف من النهي لذاته ولهذا
قال فيمن لم يجد إلا ثوب حرير أو نجسا أنه يصلي بالحرير لا بالنجس وقال أصبغ لأن
التحريم النهي عنه عام في الصلاة وغيرها فلا منافاة بينه وبين الصلاة بخصوصيتها
والنهي عن النجس خاص بالصلاة فقويت المنافاة بينه وبينها وأيضا بفرق بعض
بأن النهي في حق المحرم من حق الله وفي حق الغاصب من حق الآدمي والأول أيسر وأيضا
فالمحرم عاص بلبس الخف من حيث كونه خفا لا بزيد صفة زائدة والغاصب لم يعص
بلبس الخف من حيث كونه خفا بل من حيث غصبه وصفة الغاصب له فلا يلزم من منع الأول
منع الثاني ولهذا قال مالك إذا انقطع دم الحيض عن الحائض وعدمت الماء تتيمم
وتصلي ولا يطأها زوجها بحكم التيمم مع أن الحيض مانع من جميع ذلك لأن التيمم
طهارة ضرورية شرعها الشرع مبيحا حين الصلاة احتياطا لها لئلا تفوت
ولا كذلك الوطء إذ لا ضرورة تدعو إليه لأنه لا يفوت وأيضا فالصلاة
أحق بشغل التيمم وتعود إلى حالة ما أبيح ولم يبق أن يستباح الوطء بالتيمم

وإنما تقضي الحائض الصوم ولا تقضي الصلاة وكلاهما عبادة بدنية لأن المشقة
تلحق في قضاء الصلاة لتكررها وطول الوقت القضاء لشق ذلك عليها ولأنها متى
تشاغلت به تعطلت عن اشتغالها وعما يصلح من شأنها ولا كذلك الصوم إذ ليس
مشقة في قضائه إذ هو شهر منكرر في السنة وربما صادفت فيه وربما لم تحض فيه تنبيه
قال في القبس نكتة ومن الغريب أنه سئل بعض الأشياخ لم لا تقضي الحائض الصلاة
كما تقضي الصوم وكلاهما فرض فأجاب عن ذلك فقال نعم إن حواء رضي الله عنها
أتاها الحيض وهي في الصلاة فسألت آدم عليه السلام عن ذلك فأوحى الله
إليه أن مرها تترك الصلاة فلما أتاها الحيض وهي صائمة فتركت الصيام قياسا
على الصلاة ولم تسأل عن ذلك فأوحى الله إلى آدم أن مرها تقضي الصيام عقوبة
لترك السؤال قلنا هذه دعوى فارغة طويلة عريضة لا برهان عليها وقد أخبر
ولا صح ومن زاعكم حجج أمثال الظاهرية في إبطال القياس وإنما جاز للحائض أن تقرأ
ولا يجوز للجنب أن يقرأ مع أن كل واحد منهما موجب لغسل البدن كله لأن الأولى معول
مبنية على أن الضرورات تبيح ما لا يبيح غيرها والضرورة داعية لقراءة الحائض
لأنها متى منعت من القراءة أدى ذلك إلى نسيانها له لطول أمدها ولأنها لا يمكنها
رفعه عن نفسها بخلاف الجنب فإنه لا ضرورة به إلى ذلك لأنه يمكنه رفع ذلك
عن نفسه وإنما قال مالك يتوضأ الجنب إذا أراد النوم ولا تتوضأ الحائض لأن كلا
إنما تغير موجب الغسل لأن الجنب قادر على رفع حدثه بالاغتسال فلما تركه غلظ عليه
بالوضوء ولا كذلك الحائض لأنها غير قادرة على رفع حدثها فلم يتوجه عليها تغليظ
لأنها معذورة بترك الاغتسال

فروع كتاب الصلاة

وإنما قالوا في الغالط في القبلة يوم الغيم يعيد صلاته في الوقت والغالط في
الوقت يعيد أبدا لأن الغالط في القبلة لا يأمن عليه من الخطأ في القضاء كما لم
يأمن عليه في الأداء والغالط في الوقت إذا انكشف له بظهور الشمس أنه صلى

ه ولا تقضي الحائض الصلاة وإنما عليها قضاء الصوم لأن في قضاء الصلاة

المغرب

المغرب قبل غروبها فانها اذا اذن لها بعد الغروب امن الوقوع في المحظور الذي وقع
فيه ابن داود وانما لم يجز تقليد احد المجتهدين للآخر في القبلة والاواني وجاز ذلك
في غيرهما من المسائل الفروعية لان الجماعة في الصلاة مطلوبة للشارع صلوات
الله عليه فلو قلنا بالامتناع من ان يصلي خلف من يخالفه في المذهب لأدى الى
تعطيل الجماعات ابدا في حالة القلة او قلة الجماعات واذا امتنعنا من ذلك في القبلة
ونحوها لم يخل ذلك بالجماعة لندرة وقوع مثل المسائل وكثرة وقوع الخلاف في
مسائل الفروع قال عز الدين بن عبد السلام الشافعي رحمه الله تنبيه سئل
الشافعي رحمه الله عن مثل المسالة فقيل له لم جاز ان يصلي المالكي خلف الشافعي
والشافعي خلف المالكي وان اختلفا في مسح الرأس وغيره من الفروع ولم يجز لواحد
من المجتهدين في الكعبة والاواني ان يصلي خلف المجتهد الآخر فسكت ولم يجب عن ذلك
واجاب صاحب القرافي بما اثبته في كتابه الموسوم بايضاح المسالك الى قواعد الامام ابي عبد
الله مالك فراجعه فيه وانما قالوا من اجتهد فاخطأ القبلة اعاد اتفاقا وانما
اختلفوا هل يعيد في الوقت او ابدا او الغروب ثم ان يستدبر فابدا وهل ان تبين فيه او في الوقت
وقالوا فيمن ذهب لغسل الرعاف فظن فراغ الامام في غير الجمعة فاتم مكانه ثم
اخطأ ظنه انه لا اعادة عليه مع انه قد تبين خطأ كل من المجتهدين لان الذي قد تبين
له الخطأ في القبلة يعيدها على وجه اتم منه ولم يكن كذلك من اخطأ ظنه في فراغ
الامام لانه لا يمكن ان ياتي بها على وجه الكمال الا بعد فراغ الامام وانما فر
الشيطان من الاذان ولم يفر من الصلاة مع ان شأن الصلاة اعظم لان الاذان بمثابة
دعاء الملك لتنامه ممن يحضر ولو ادعى الراعي تيسرت حاجته الملك ممن
يتبعه وايضا فان الاذان ليلا يشهد به للمؤذن انه لا يسمعه شيء الا شهد له
يوم القيامة وكانه من ربه حسدا له يفر عن الشهادة له وان علم انه مشتغل عنها
كما فر المحسود فتلك في الشهادة لم يحسد له بفضيلة او حضور كان في غنى عن شهادته
لغفلته عنها وايضا المؤذن داع الى الخير والشيطان داع الى الشر فلا يمكن المزاوجة

فتلك الى ... في الصلاة وذلك على الامر تلكوا فيبلاها عنه وتوقفه فهو مهموز لانه ذكره في باب المهموز

لا يجتمعان وهو مليح وشبهه وأما تعميمه أن في الشهادتين له فيمكن أن يقال كان
ذلك لأنه دعاء إلى الله تعالى وإقامة حجته على عباده فاحتيج إلى الشهادتين
على التبليغ كما احتيج إليهما للعمل بين الملأ كبير بهذه الشهادتين كشهادة الأمة
يوم القيامة في تبليغ الأنبياء إلى الأمم على ما جاء في الحديث وأيضا كلمة
الله بالجملة محاربة للشيطان وجهاد له والغزو إنما هو عند كشف الغطاء وبلوغ
الغاية في الجهاد منزلة بالعراء وليس في العبادة أبلغ في هذا المعنى من الأذان ويؤكد
هذا قوله صلى الله عليه وسلم ساعتان يفتح لهما أبواب السماء وقل داع ترد عليه
دعوته حضرة النداء للصلاة والصف في سبيل الله يعني أنهما ساعتا جهاد
وإنما قال ابن القاسم يحكى الأذان في النافلة دون الفريضة مع أن كلا منهما صلاة
لأن النافلة أخفض رتبة من الفريضة جاز فيها ما لم يجز في الفريضة تنبيه هذا
الفرق يقتضي أن الشروع لا يصير غير الواجب واجبا وإن صيره فتبقى رتبته دون رتبة
الواجب الأصلي وإنما قال في المدونة ومن سمع المؤذن وليقل كقوله وإن كان في نافلة
وقال لا يصلي المعتكف على جنازة وإن انتهى إليه زحام المصلين مع أنه في كلا المسألتين
فرادى فعل عملا على عمل آخر معرض فيه لأن صلاة الجنازة إنما هي على الكفاية يحملها
بعض الناس على بعض وليس تعميمها بكل إنسان ويلزمه بعينه فلم ينبغ له أن يدخل
على نفسه عملا ليس يتوجه عليه في عينه وحكاية المؤذن تلزم كل واحد في خاصته
لا ينوب في ذلك أحد عن أحد فيلزم وهذا يفسر لو كانت حكاية المؤذن واجبة وهي لا تجب على
المشهور وأيضا حكاية المؤذن ذكر من أذكار من جنس ما هو فيه مما يفعله في أفعال
صلاته وصلاة الجنازة ليست من جنس ما هو فيه المعتكف وأيضا فإن حكاية
المؤذن أمر قريب يسير وأمر الجنازة يطول الاشتغال به فلذا عبر الحوفي بالتعريف
وإنما جوزوا الأذان للصبح قبل الوقت دون غيرها لأن الصبح يدرك الناس نياما
فيها فجوز لينتابه لها وإذ ذاك فضيلة الجماعة وفضيلة التغليس وما بين الصلوات
تدرك الناس فيه في اشتغالهم فلا فيما جوزوا أكثر من إعلام بين جوبها فلا داعي

بيوتهم

يونس وانما قال وذلك يرد المصلي السلام اشارة ولا يرد المرة وانما طلب
الاشارة مع ان كلا منهما ممنوع من الرد فكما ان المصلي ممنوع من الكلام في الصلاة
ومن تكلم عامدا بطلت صلاته فمعرفة السلام اشارة بدلا عن التكلم الذي
منع منه بسبب الصلاة والاذان والتلبية لا يفسدهما الكلام اذ لو تكلم كلاما
جيدا لم يفسد اذانه ولا تلبيته فلم يجعل له بدل وايضا لما كانت الصلاة
شانها يطول جعلت الاشارة للمصلي عوضا من الكلام والاذان والتلبية قد
يطولان فيهما بعد الفراغ من ذلك قال في النكت وقد يعترض هذا التوجيه بكون في
زمن الصلاة وايضا لما كان الاذان عبادة ليس فيها في النفوس موقع كالصلاة
فلو امرنا فيهما بالاشارة لتطرق الى الكلام بخلاف الصلاة فان عظمها في النفوس
يمنع التطرق بسبب الاشارة الى الكلام وايضا لما كان الرد ذاته يبطله الكلام
وانما هو مكروه فيه وكان رد السلام واجبا لم يجز له ان يرده كلاما بخلاف المسلم
قراءة خلفه بسلامه في الكراهة فيسمى ان يسلم عليه لذلك حتى يفرغ مما هو فيه فان
عمد وسلم عليه عوقب بان لا يرد عليه كما قاله ابن المواز لا يستحب له رد ذلك قبل
وفيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للذي يسلم عليه وهو يبول اذا رايتني في
هذه الحال فلا تسلم فانك ان فعلت لم ارد عليك بهذا مثله قاله ابن يونس
تنبيه قال بعض اشياخنا وفي النهي عن ذلك ان يقال انه ملحق جميعهم
ان لا يسلم عليهم ولا يردون للعمل الذي عملوا فيه ثم هذه السنة جواز ذلك في الصلاة
خاصة بالاثر الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم فيمن كان يسلم عليه وبقي من
عداه على الاصل والله اعلم فائدة قال في الغارمية سمعت بنازلة سنة
تسع وتسعين وثمانمائة وهي ان رجلا جاء ابا بكر وهو يصلي فكلمه بالاشارة فرد عليه
ابو بكر الجواب اشارة فقال ابن ابراهيم صلاته باطلة لان كلامه اشارة بمنزلة
من تكلم وقال القاضي وكان بها معتكفا في الجامع هي اشارة فلا تبطل صلاته
وهو الصحيح قلت لقائل ان يقول الصحيح قول ابن ابراهيم لان الاشارة الاخرس

لأن احدهما امكان فلو اراد ان يفهما من غيره نحو عما جاء وكانت كتحريك الكلام في الصلاة
في الآية الاشارة من الفذ وبأنه بين احدهما فلو اراد ان يفهما من غيره نحو عما ويتأول النطق
بل ذلك لم تكن في صفة كالتحريك ويؤيد ذلك انهم جعلوا الاشارة المفهمة للكلام من
الذي هو كالتحريك ومن الفذ كالكناية وانما الزمت المرأة بالتلبية ولم تلزم
بالذي فالمرأة لان التلبية اجابة والذي اجابة للأزقة للكل من لزمه من ذوي الحج والمرأة منهم
وايضا التلبية داخلة في اركان الحج كالشروط التي مع ان القرآن في الصلاة والاقامة
خارجة عن الصلاة قاله ابن يونس وانما قال مالك يؤذن على غير وضوء ولا يقيم الا
على وضوء مع ان الجميع اذان لان الاذان فالاقامة تعقبها الصلاة فاشترط الطهارة لها
لئلا يحتاج الى الخروج للطهارة بعد الاقامة وذلك لا ينبغي ثم مع قبح ذلك من ايقاع
الصلاة منفصلة عن الاقامة اذ كان اذا فاحدث ولبس نعليه فيهما معكوسا بل منفصلة الا
لضرورة وانما قال مالك يشتغل في عبدا ولا يشتغل في مضجعا لان الجلوس احد اركان الصلاة
حال الاختيار فجاز الشغل فيه وليس كذلك الاضطجاع لانه ليس بركن من الصلاة حال
الضرورة فتمنيه في بكرة ان يفعل ذلك رخصة ولم ترد في الاضطجاع فتقيم على حسب ما
وردت وانما قال ابن عبد الحكم لا يتنفل في السفينة الا الى القبلة ويتنفل على الدابة الى
القبلة وغيرها لان الذي يتنفل في السفينة متيسر وعلى الدابة متعذر او متعسر فتنبيه
غير ان ابن الساير مذهب المدونة وابن عبد الحكم من يصلي بالايماء في السفينة وانما قرين كل
ويشير بعني الدابة وخالف الشيخ ابو محمد وانما يكبر حين الشروع في الخفض والرفع
الا في قيام الجلوس الاول فانه لا يكبر حتى يستوي قائما لان التكبير الذي في الخفض
والرفع مبتدأ تلك الحال التي يؤمر فيه وفوكيل الذي فعل في التشهد حين رفع رأسه من
السجود ومن تكبير الرفع من السجود الى الجلوس والنهوض من الجلسة ليس نهوضا من
الركعة الثالثة بل هو بقية الرفع من السجود وسبب يعود في الاول الى الركعة الثالثة
والقيام فانما يكبر في اول القيام للركعة الثالثة فاحدى الفاء بسيط والمستحسنة
عند ابي محمد وايضا اذا كبر فيه لانه يشتغل في ايا وكانه كبر تكبيرتين في رفع واحد لانه كبر

حبس

جبر ركع رأسه من السجود والرفع من السجود بعض الرفع من الركوع أن القيام وكون الجلوس
فرض بخلافه لا يخرجه عن ذلك وأيضا القيام إن لم تنله الثانية بشائبة صلاة نافلة
ولصورة التكبير بينما بغير تكبيرة الإحرام لما جاءت الصلاة فرضت مشروعية الغيرية
وإنما بطلت الصلاة بعمد الكلام وسهوه وبطلت بالحدث مطلقا بأن الكلام تنافي
مناف للصلاة كما هو الحدث مناف لها وإنما لم يجب إيقاع السلام قائما ووجب إيقاع
التكبير للإحرام وهو مقتضى ما حمل المدونة على ذلك لأن في السلام أو فتحه في حالة لا يصدق
عليه أنه جالس ولا في الركوع يصدق عليه القيام لضعفه وصعبه بكونه فإذا غير مستقيم
القيام وانظر العرضي في قوله لو شرك بين تكبيرة الإحرام والركوع صح ولو شرك بين سلام
الفرض والسنة لم يجز وإنما قال ابن القاسم إذا أحرم وقعد أجزأه وإذا سلم وقعد لم
يجزه بأن المساواة في الإحرام إنما تنشأ عن رغبة واعتناء بالدخول فلا تجعل ذلك
للبطلان والمساواة في السلام قالها عن الدين تنبيهها قال بعض الشيوخ ما أبداه
من الحكمة يرد فيه لو قالوا بالعكس فإن الرغبة والاعتناء في كره الدخول يكون جاء ملا
على الشفعية وسبقه وعدم ومورد الرغبة في كره السلام يكون جاء ملا على القائم وهو
صحيح وإنما قالوا بصحة النافلة قاعدا لمن يقدر على القيام وعلى من على يعني فتساوي
بين النافلة والفريضة وفي الجنازة يسلم واحدة لأن النافلة لما كان فيها ما في الفرض
من ركوع وسجود وغير ذلك كان سلامها كسلام الفرض إذ أعمالها مساوية لأعمال
الفرض وأما صلاة الجنازة فليست مساوية الأعمال لأعمال الفرض إذ ليس فيها
ركوع ولا سجود فكان السلام منها أخف وأنقص من الفرض والنفل قاله عبد الحق في
التهذيب تنبيه قيل ومن أين أن الفرض كامل ويشترط بأن سجود التلاوة لما كان نافلا
من الصلاة أكثر نقصا عن صلاة الجنازة سقط السلام منها بالكلية لسقوط الإحرام
وهو جل المقصود فشرع لكل عبادة من شعيرة العبادات ما يليق بها وكلما كثر عملها
قوي السلام فيها وإنما أجمعت الأمة على أن من قام أو فارق في الصلاة غلبة أو
ذكر الحدث أن صلاة المأموم لا تفسد وإذا ذكر صلاة في صلاة فإنه يقطع ويبتدي

وفي نكت ابن عرفة ... اعمالها
... عن ...

البطلان في انفساد اذ صلاته اي المأموم وفي رواية ابن القاسم عن مالك والبطلان مع قلته
والجماعة انه ذكر ما هو شرط في صحة الصلاة او ما هو من سنة الصلاة لان الاقلاع
انما يقطع اداء كل صلاة يخلل في نفس الصلاة لا ترتيبهما يرجع لعينهما ومعينهما
فلابد فيه اذا قطع يخلل يرجع الى نفس الصلاة فقطع وعدم المأموم كما في خلل الاحرام
والقراءة ولا كذلك ذكر الحدث لان الطهارة ليست من نفس الصلاة وانما هي شرط
خارج عن ماهيتها ولا تختص بالصلاة وعينه بكونه جزءا منها قاله ابن راشد وايضا
الوقت سبب والطهارة شرط والسبب اقوى من الشرط فناسب ان يسري البطلان الى
المأموم اذا ذكر الامام صلاة منسية لان الوقت قد استغرقته والوقت سبب ولم يناسب
اذا ذكر الحدث لان الطهارة شرط والسبب اقوى من الشرط واذا صح العذر في التحليل
لم يجب الاعادة وقاله ابن علي التونسي الكبير بالاسكندرية وانما اوجبوا قضاء ما
فات حال السكر من الصلوات ولم يوجبوا قضاء ما فات حال الجنون من الصلوات لان
السكر لما كان عاصيا بشربه ما اسكره غلظ عليه حتى الحق بالناسي بخلاف المغمى عليه
وانما اتفقوا على قتل من امتنع من اداء الصلاة الوقتية واختلفوا في قتله بالامتناع عن
من قضاء فائتة منها بان القضاء مختلف في وجوبه فهذا بيانه وايضا فان اجاز قتله
تاخيرها لشغل ولا كذلك الاداء قاله المازري وانما يحمل الامام قراءة الفاتحة على المأموم
ولم يحمل عنه تكبيرة الاحرام مع ان الجميع ذكر فرض لان الامام انما يحمل عن المأموم ما فيه
وقيل تكبيرة الاحرام ليس للمأموم فيه شيء اذ قد يعتذر بالتسليم وانما يسمى بعد
التسليم اذا قدم القراءة على التكبير في صلاة العيد من رجع وكبر وقرا واذا قدم السورة
على ام القرآن لم يرجع لقراءة ام القرآن ثم قرا السورة انه لا يعتد لان الذي قدم السورة
انما قدم فرضا له على فرض ان وقدم شيئا على جنسه وفي مسألة العيد انما قدم فرضا على تكبير
وقدم شيئا من غير جنسه فاخل كتابه به تنبيه قال عبد الحق وهذا الفرق ليس بشيء لان
العلة في مسألة العيد من قول القيام كما قال سحنون وهي موجودة فيمن قدم السورة على
ام القرآن وحرح ابن رشد الفرق بان المزيد واحد وهو القرآن وحرح ابن عرفة رد ابن رشد

تعليقه ابن العربي في القواعد والعوامد وهذا الخلاف

بان

بان معنى البعدية المذكورة ان الشيء في عينه فعلا فوعه اشترطها بنية منه في محل فوعه وباتمامه
في العيد اكثر من اول الفوائت وسوءها ولذا قال ابن يونس عن سحنون وفيها ينبغي للمؤذن القيام
لا للفوائت ولما كان من ذكر صلاة لا يتيسبها وهو في فريضة وقد صلى منها ركعة لا يقطع
وان ذكرها في نافلة وقد صلى منها ركعة انه يقطع لان التمادي على النافلة الكامل
منها فيصير كمن للفائتة لا تأتيها اذا بقي على ما دخل عليه وان ما كان فيه وهو
كذلك الفريضة فانه وان اتى بركعة اخرى ليجعل ما هو فيه نفلا فقد قطع ما دخل
فيه لانه لم يكمل اربعا كما دخل عليه فصارت الفائتة التي ذكرها قد اثرت فلذا
انتقلت نية وان اتمه كما عقده وانتهى على ما عليه وانما يتم النافلة ان اقيمت عليه صلاة له
الجماعة عقد ركعة الا لا فالم يخش فوات ركعة مع الامام واذا احرم بنافلة وذكر
ان عليه فريضة فانه يقطع ان لم يعقد ركعة وان عقد فقولان للامام اقيمت عليه
صلاة الجماعة عقد ولم يخش فوات ركعة اذا اتم النافلة اذ كل الفريضة وجعلها
على وجه الغلط مع الامام ولم يكن في فيه ما يمنعه التمادي في صلاته وقد ذكر فريضة
فان الوقت قد استفيد ومن شك في الذي قد تقدم لم يرتض ابن عبد السلام
رحمه الله هذا الفرق وقال الخاصر انه يقطع في النافلة في الموضع الذي يقطع فيه
في الفرض بل احرى وما يقوله اهل المذهب وابن عبد السلام عن هذا ظاهر ولست ان ذلك
وانما قالوا فيمن صلى فائتة انه يعيدها ما لم تطلع الشمس وفيمن نسي الصبح حتى
صلى الظهر فانه يصليها ويعيد الظهر الى الغروب مع ان كلا من الفائتة والترتيب
واجب مع الذكر لان القول بوجوب الترتيب شرطا اقوى من القول بوجوب ان الفائتة
النية شرطا برد عمن القول اذ هو قوي بان جعل زمان الاعادة فيه اوسع منه في
مسألة الفائتة قال الشيخ الفقيه ابو يحيى ابو بكر بن القاسم جماعة تنبيه
قال ابن عبد السلام وهذا الفرق ضعيف كما ترى الا ان يسلم القولان المذكوران لا تعلق
ولا دليل لان القائل بوجوب الفائتة شرطا هو ابن وهب والقائل بوجوب
الترتيب شرطا هو ابن الماجشون فلا ترجيح بل الشافعي وغيره يرجحان ان السنة

النجاسة منه كما قال ابن بشير ولا يكاد يوجد قول لان القول مشهور في هذه المسألة وأما
التمسك في ادلة القول بوجوب ازالة النجاسة كثيرة قوية في محلها ولا اعلم القول
ان القول مشهور في البلد بينا ويمكن العزو على المشهور جريا على اصله من غير نقل له لكن
هو اعلام قول الجمهور بان الطلب في الترتيب آكد منه في ازالة النجاسة فوجب ان تكون
ابن عادله كذلك الا ترى انه عند ضيق الوقت يقدم الفائتة وعند ضيق الوقت عن
غسل النجاسة يصلي بها فكان الترتيب آكد من ازالة النجاسة فوجب ان يكون
زمان اعادته في الترتيب اوسع منه في اعادته في الظاهر واعترض ابن عرفة قوله
لم يقل بوجوب الترتيب غير ابن الماجشون بانه قال به مالك وابن القاسم ومطرف
وابن حبيب واعترض تعريفه بما ذكرناه بانه نص ما نقله على شيخه ابن جماعة فما زال انه
من شيخه ثم قال ونزيفه بان ترتيب الصلوات واجب لا نفسها ونفي اللازم وجود ملزومه اذا تعين
والكمال راجعة لما في سكة فالعلماء من تمامه عنه والملزوم كما يوضح ذلك
بوسطه وبان الشارع لم يرخص في تنكيسها عمدا ورخص في النجاسة اضطرارا وبان في مسألة
التنكيس للخروج تعلقه بصلاة تبرؤ والنجاسة بصلاة واحدة وانما تتبع الاقلاع في سجود
السهو اذ كان يرى خلاف قول من يرى ولا تتبعه اذا كثر على الجماعة خمسا لان السجود ثم
كان وحده يرى وبنيا مرات يتبع ان يخالف فيه الاقلاع والتكبير خمسا اذا لم يمنع مع
الاقلاع محرم ينبغي للمأموم في ذلك ما اتفق مالك في قوله اتبعوه بان الخلاف شر فكره
فما لعله ابن قاسم في السجود لهذا وايضا السجود وان كان فيه خلاف فانه متفق
على انه لا بد من سجود اما قبل السلام واما بعده والتكبير خمسا هذا عندنا فزاد تكبيرة
لا نرى بها الصلاة وايضا الخلاف في التكبير خمسا ضعيف وليس بقوي فوقع الخلاف في
السجود بل هو من الزيادة شعار اهل البدع قال في النهاية ونعقد الاجماع على ذلك
في زمان عمر رضي الله عنه وانما يحمل الكلام على كيفية الصلاة على المشهور ولا يحمل
على كيفية استباحة الصبر ان الكلام الحاصل اتفاقا على المشهور ولان الكلام في الصلاة
تعلق بغير الحكم الشرعي وفي الصبر تعلق بسببه لا بعينه والكلام في الاحكام الشرعية

كالقطع وفي اشتباههما الا وانما اتفقوا على ان الركعة اذا بطلت على المأموم لا تصير
الثانية عوضا منها بل تبقى ثانية على حالها واختلفوا في الفذ والامام لان صلاة
المأموم مبنية على صلاة الامام وركعات الامام ثابتة على ترتيبها فوجب مثل
ذلك في ركعات المأموم بخلاف الفذ والامام قاله ابن عبد السلام وانما قالوا
اذا اخل بسجود الركعة الاولى من ركوع الثانية لم تنجبر الاولى بسجود الثانية
وعلله في المدونة بانه بالسجود للركعة الثانية وقالوا في الركعة الاولى اذا
بطلت على الامام والفذ تعود التي تليها قضاء مع انه لم ينوبها الاولى لان ما
ثبت للكل لا يلزم للجزء وايضا سجود الثانية تابع لركوعها فيبطل بخلاف ومتبوعه
قاله ابن عرفة وانما اتفقوا على السجود لسهو جهر اليسير واختلفوا في السجود لسهو
ترك التيامن مع ان كلا منهما سنة متواترة من ترك ما فعله بحديث اذا امرتكم بامر فاتوا
منه ما استطعتم وانما ذكروا اقالة الاشل وابن فتوح ذو رأي عمر لان وانتصر من
ابن عمر للتأثير له في افعال الصلاة بخلاف الاشل وابن فتوح لتوهم بعض اعضاء
السجود وانما ذكر اقالة الخصي ولا ذكر اقالة الخنثى مع ان يعرض كل واحد منهما
زوجها بعد العقد لان الخصي لا يدخل على النساء بسببها بخلاف غيره وانما قالوا اذا صلى
خلف من يظنه مسلما او ذكرا فاخلف ظنه وكذلك الخنثى المشكل لانه تلزمه الاعادة
ولو صلى خلف من يظنه كما مر امرأة فاخلف ظنه انه لا تلزمه الاعادة لان
الكفر والانوثة لا يخفيان غالبا وكذلك الخنوثة من جهة ان الخنوثة الخفية خارقة
للعادات والزوائد موهومات على اشاعة الغلو والاعاجيب ولذلك لا يوجد خنثى
مشكل في بلد من البلدان الا كان مشهورا عند الناس وانما اوجب اشهب الاعادة ابدا
على من صلى خلف من لا يرى الوضوء من القبلة ولم يوجبها على من صلى خلف من لا يرى الوضوء
من مس الذكر لان الدليل الدال على نقض الوضوء باللمس غير قطعي ولا كذلك القبلة
عنده فان الدليل الدال على نقض الوضوء بها قطعي عنده ولما لم يقف هذا الفرق
في نظر الشيخ ابي الحسن اللخمي خرج الخلاف في اتباع الشيء فيما اتحد الحكم وعكسه

من قول أشهب وما قاله صحيح ومن أين لأشهب دليل فيه على وجوب الوضوء من القبلة
وقد قال ابن نافع عن الليث في مجموعه إن الرواية المسندة لا تفيد التعيين إذ تحتمل تسع احتمالات
وما أنكر ذلك بموجود نعم إن مراتب المكتوب تختلف بالقوة والضعف وإنما منعوا
من المساواة في الإحرام ولم يمنعوا منها في سائر الأذكار كالركوع والسجود لأن الائتمام ح
لا يحصل له أولا بالإمام بعد أن جازت له المساواة في الأذكار وهذا لم يحصل له
الائتمام قط فافترقا فتنبيه لا يقال قول ابن القاسم بجواز المساواة في الإحرام
اه فيما سوى على سائر الأذكار كما زعم بعضهم لأنا نقول يمكن أن بعد أن يجوز أن يكون خبر
الشروع عن شريكه وإن يقعا معا فلذلك أجاز ابن القاسم المساواة لا لما ذكرتم
من القياس وإنما قال مالك فيمن أحرم قبل إمامه يكبر بعده ولا يسلم ولو أحرم بالظهر
قبل الزوال أو كان قد صلاها ثم أحرم بعد ذكر وهو في الصلاة فإنما تنعقد نافلة
فيهما وكان ينبغي أن تنعقد صلاة هذا نافلة وإذا انعقدت فلا ينبغي أن يقطعها
إلا بسلام لأن هذا أحرم بما عليه فما فوقه وهذا لم يصح له ذلك لم تنعقد في
حقه نافلة ولا كذلك المحرم قبل الوقت والمحرم بصلاة صلاها ونسي وإنما
هذا بمنزلة من أحرم بالظهر خلف من يصلي على جنازة وإنما قال سحنون فيمن أحرم
قبل إمامه يسلم ثم يحرم بعده وإذا أحرم رجل خلفه ثم أدركنا فقد أنه في الصلاة
ويكشف الغيب أن الإمام قد سلم فإنه يتمادى وكل منهما نوى الائتمام لأن هذا لم يحرم
قبل الإمام وإنه قطع هناك براعي وإنما أحرم بصلاة ظنها صلاة إمام ويكشف
الغيب أن كانت فاسدة فتأملنا وإنما قال أشهب إذا أدرك المسبوق الإمام
راكعا فقد أدرك تلك الركعة والقياس المطرد على أصله أن وضع اليدين على الركبتين
يجزي للركعة إذ أن يكون مدركا إذا تمكن يديه من ركبتيه قبل رفع رأسه على قول ابن القاسم
إن المدرك إذا رفع إمامه قبل تمام الركوع معه فلا إذا أدركه راكعا فقد أدرك
معه الركوع فيكون مدركا للركعة على قول الأشياخ والمسألة مسألة إجماع فيما حكى
اتفاقا بين أبو بكر بن العربي وأبو الوليد بن رشد عن الجمهور وإنما يجب على

الإمام

اذ هو قد نوى الامامة في الجمعة والخوف وان استخلف ولا يجب في غيرهما لان صلاة الجمعة من شرط صحتها الجماعة ولا تصح الا بها فلما كانت الجماعة من شرط الصحة افتقر الى الفعل الذي هو شرط في الصحة فوجبت النية فيه واما صلاة الخوف فلما انه اوجبوا ذلك فيها لان الامام يقسم الصلاة بين الطائفتين بشرط الكمال في الثانية ومن لا بد ان يكون مع الفعل والله اعلم واما الاستخلاف فلان الامام اذا احدث فالاستخلاف افتقر الى قبول المستخلف للاستخلاف وقبوله لذلك بنية

وانما قال يعيدها منفردا مع الامام الراتب

انما قال ولا يعيد مع واحد فاكثر عطفا على الاول لان الامام الراتب من ادركه يصلي في جماعة فيكون له اجر صلاة الجماعة اذا فاتته وصلى وحده واذا ثبت له اجر صلاة الجماعة ثبت ان صلاته وحده كالجماعة فلا تعاد وقيل الصلاة ولا يعيدها ولا كذلك غيره قاله ابن راشد فمن صلى وحده لا يقال يلزمكم ان يكون من فاتته الجماعة وفاتته وصلى وحده ان يعاد معه ولا يعيدها هو في جماعة لانا نقول الفرق بينهما ان هذا ملازم للمسجد لاجل الجماعة والملازمة لها تاثير فيها فافترقا والله اعلم وانما يقطع المغرب من اقيمت عليه وان عقد منها ركعة ولا يقطع غيرها اذا اقيمت عليه وعقد منها ركعة وليشفعها لان المغرب لو لم يقطعها لادى ذلك به الى التنفل قبلها والتنفل قبلها مكروه او ممنوع قاله بعضهم وايضا انما دخل بنية الوتر فلو سلم من ركعتين للزم ان تنقلب نية الوتر عن نية الشفع وهو امر مختلف فيه قاله الباجي وانما لا يعيد من صلى المغرب منفردا او يعيد غيرها لان المغرب وتر صلاة النهار وايضا لو اعادها للزم ان تكون احدى الصلاتين نافلة ولا يتنفل بثلاث وانما قال مالك اذا اقيمت عليه الصلاة التي هو فيها فان عقد ركعة شفعها وان لم يعقد قطع وان اقيمت عليه غيرها تمادى ما لم يخف فوات ركعة لان المصلي اذا قطع في الاولى فانه بان بها على صفة الكمال التي كان فيها فلا يضره القطع واذا كان في غيرها وقطعها وقف بطالة وصار ملتبسا بصلاة يعرف انه يعيدها بغيرها عادة التي كان فيها فكان النادم عليها اولى به ان يخاف فوات ركعة الامام فيتعين القطع لدخوله في النفل وانما قال مالك في

ح زاد في عمدة البيان الجمع والجنازة رفقا بها ونظمها بقوله ثلاث حيزات وهي ... وراجع شرح ابن عاشر ... على ... ولكلا نبه في ...
ونية تجب للامامة في الجمع والجمعة والجنازة ثم الخوف والاستخلاف ... ثم ... بالقلب ... محمد بن عبد الله ... وفقه الله

الموازية بغير من ائتم بشارب الخمر بان الخمر في جوفه ولم يوجب عليه هو اعادة
صلاته مع ان التعليل بوجود الخمر في جوفه حاصل فيهما لان الشارب لما اخذ في الصلاة
وهو في حال لا يمكنه فيه رفع تلك النجاسة وجب عليه فعلها فصار بمثابة من خشي فوات
الصلاة متضمخا بالنجاسة وليس معه ماء فلا يترك الصلاة لذلك بل يفعلها ويكون
مأمونا وكذلك من خشي فوته وهو على غير وضوء ومعه ماء فإن فعل فانه يتيمم ويصلي لأنه
يكون مأمونا ولا كذلك غيره فانه مستغن عن الائتمام به وانما يستخلف اذا ذكر المحدث
ولا يستخلف اذا ذكر صلاة نسيها بل يقطع ويستخلفون لأن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة
الامام فوجب اذا بطلت على الامام الصلاة ان تبطل على من خلفه هذا هو الاصل فخرج
من هذه الجملة الاستخلاف في الحدث بالسنة وبقي ما ذكره على الاصل في وجوب قطعه
وقطع من ائتم به وانما قالوا اذا ذكر الامام بعد فراغه انه لم يقرأ في جميع صلاته يعيد بصلاة
الصلاة ومن خلفه ابدا واذا ذكر انه كان جنبا او غير متوضئ صلاة من خلفه تامة لأن
القراءة من نفس الصلاة والوضوء والغسل ليس من نفس الصلاة وايضا القراءة يحملها
الامام عن المأموم واذا تركها ابطل عليهم والوضوء لا يحمله عنهم وايضا الاصل كان اذا
فسدت صلاة الامام فسدت صلاة من خلفه فخرج بالسنة من ذكر انه كان محدثا وبقي من
سواه على اصله قاله الابهري وانما قال ابن حبيب في المستخلف بعد العذر يبني على صلاة
الامام في الثالثة فكملت واذا صلى الامام بكل طائفة من الرباعية ركعة وانصرف قد يبني
لنفسهما انما تم للطائفة الثانية والرابعة لان الطائفة الثانية والرابعة كالمسبوق
بخلاف المستخلف الباني على صلاة الامام في الركعة الثالثة لترك السورة وانما قال ان
كانت الصلاة جهرية وانما يستخلف المسافرون فيسلم منهم اذا ائتم بهم مقيم لعذر المسافر
وجعل الاستخلاف للمستخلف ولا يستخلف المقيمون من يسلم بهم اذا صلوا خلف المسافر لان المسافرين
دخلوا على اكمال صلاتهم خلف الامام والمقيمون اذا ائتموا بالمسافر دخلوا على ان الامام
ينقص صلاته قبل اكمال صلاتهم فليس لهم استخلاف بعد كمال صلاته وانما يتبع المسبوق
نية المستخلف من تأخير السجود القبلي الى تمام صلاته ولا يتبع عنه اذا كان مستخلفا لان

ولبعضهم نظم من زاد الفرج من لم يدر الاداء عمن بغا زاد له نقص ونسيان فلو فعله

المسبوق وغير المستخلف ممنوع من جهة الاقتداء والاقتداء في مسألة المستخلف
المسبوق مقصود فافترقا وفيه مع هذا بحث لأن الاقتداء إن لم يكن موجودا فالحكمة
موجودة فإنه لا ترى أن المستخلف إنما يتم صلاة الأول حتى كأنه موجود في
قراءته وجلوسه فكذلك ينبغي أن يراعى حكمه في سجود السهو وإنما ينتظر
القوم أن المستخلف المسبوق حتى يسلم فيسلمون بسلامه ولا ينتظر القوم المسافرون
المستخلف المقيم بل يسلمون لأنفسهم ولا يستخلفون مسلما منهم لأن المسبوق لم يبق
لشيء لم يدخل عليه إمامه فناسب أن ينتظروه ولأن السلام من بقية الصلاة بخلاف
المستخلف المقيم فإنه قام لما لم يدخل المسافر عليه لأن المسافر لما دخل على السلام
من ركعتين فناسب أن يسلم ولا ينتظروه وإنما قيل بوجوب قصر الصلاة في السفر الطويل
ولم يقل بوجوب الفطر فيه والجميع رخصة سببها السفر الطويل لأن تخيير المسافر بين
الصوم والفطر وتفويض ذلك إلى مشيئته لا اشتغال فيه والعبادة ثابتة وإنما
خير المكلف بين تعجيله ليشتغل منه بشغل نفسه لمساواة المسلمين في الصوم وتأخيره لتيسير قضيته منه
مؤنة السفر بخلاف رخصة قصر الصلاة في السفر فإنها إسقاط عدد وحقيقة الإسقاط من
العدد ثناء في إكمال العدد فكان كإسقاط الشرع لبعض العدد وجوبا إذ هو مقصور على
الباقي منه لأن العدول عن إيجاب إذ هو فيما لا يمكن إذ هو إرادة الإسقاط وإسقاط الشرع في
سبيل الزيادة (تنبيه) الفرق بين الرباعي وغيره إنما هو الأسباب من سفر وإقامة وأما الأحكام
فلا يمكن أن تعرض الرباعية ومشيئتهم لأنها تكون كتمشي شريعة من قبل العبد والتفويض إلى
مشيئته تمليك والعبد لا يملك إقامة الشرع وإنما تقصر الرباعية دون الثلاثية والثنائية
لأن التشطير إنما يكون في عدد الزوج وأما عدد الفرد فإنه لا يشطر إلا بتبعيض الواحد
ولم يقم دليل على جواز تبعيض الركعة الواحدة بشطر كيف وقد اشترط الشرع بلا نهاية في
حكم الجزء الواحد وإن كانت ذوات أفعال مختلفة والجزء الواحد لا يقع تنصيفه وقد رتمه
جاء الشرع بكون العبد على النصف مراعى في أحكام شتى ولما نص كطلاق العبد جعل
كالعتق لما لم يكن تنصيف الطلقة الواحدة وكذلك عدة الأمة قرءان لما لم يكن تنصيف

منه

ولو جعلنا المغرب كالعشاء لكان الامر المنكسر زائدا على الشطر بالتخفيف وخرجنا عن حكم
التشفيع المراد وبالجملة فالزيادة انما يلزم تعليلها وان تقاول عليه. بعض من المذاهب
الفرضية وأما الثنائية فلا وجه لردها الى ركعة ولو لم يكن مستقبلا عقلا فانها خرجت عن
صلاة الرباعية والسبب جاء بالتشفيع والقصر من الفرد والتشفيع والقصر اذا دخل
الامر فهو اقل مبالغة واقل مبالغ الصلاة الرباعية فاذا اسقطت كانت كالثنائية
ان قلت من الفروض وصارت التشفيع في الفرد فتناسبا وان كان في الصبح وفي الرباعية كما رأينا
وايضا فقد رأينا جماعة على ان الصلاة في حال الامن لا يقتصر فيها على ركعة واحدة وانما يقصر
المسافر وغيره في خروجه لعرفة ورجوعه ولم يكن كذلك الا في غيره لان عمل الحاج مدة
ينقضي الا في اكثر من يوم وليلة مع الاشتغال اللازم فيه بجزء ذلك بجزء مشي اربعة
برد وايضا فالخارج من مكة الى عرفة ومنى لا بد له من الرجوع الى مكة بحكم الشرع فصار في
مجموع السير والرجوع مقدار ما تقصر فيه الصلاة. فتنبيه لا يلزم على هذا من خرج
الى خمسة وعشرين ميلا فلما ان بلغ ان يرجع الى حيث خرج منه لان رجوعه منها ليس
بلازم وفي الحج الرجوع لازم وكان السير والرجوع بمقدار تقصر من سبب واحد في وجهة
واحدة وانما يتم من ردته الريح الى المكان الذي خرج منه ان كان وطنه اتفاقا وان لم يكن
وطنه فكذلك على المشهور خلافا لسحنون ولو رده لغلبة المكان على الغمر في رجوعه
واقامته في غير وطنه اتفاقا ان يعزم الاقامة لان المردود بالريح لما كان على شك
في اول سفره في رده الريح كان حكمه ان يتم لما لم يبعد منه العرف بالشك والعرف انه لم يبعد
بعض على انه هل وصل الى [illegible] وما يكون تفريعه الا بيقين [illegible] فتنبيه بمنزلة
هذا العرف قول ابن لبابة في الجيش يطلب العدو انه يقصر ولو عزم على قطع اربعة ابرد
لانه لا يملك القطاع مثل ذلك وليس على نية منه فجعلوا عدم النية مانعا يرفع الحكم
ولما كانت الريح مشكوكا في امرها لم يمنعوا السفر مع الشك فيها خلافا للمكروه فلا بد من
حكم لفعله وانما يعتبر قرب خروجه من بات عقله فسلم ولم يعد من رجع للطهر ولم ينصرف
الى المشهور كمن روى علة الجمع فيهما ان الريح على هذا [illegible] من فضل النوافل

وإلا

وأن يخرج على جماعة فيناب فصل الجماعة مناب فصل الوقت فصار كمسافر أن يجزئه بغير خطبة
وغيرهم لا يجيز قاله ابن رشد رحمه الله وإنما يبطل البيع في السعي عند تعين الثانية إذ الأولى
أذان محدث فلا منع في أثنائه أخذنا بها ولا يبطل إذا وقع البيع بعد الشروع لأن الحكم فيه موس
عورته بخلاف السعي فإنه يقوم عوضه وإنما تجب الجمعة على العبد إذا أذن له
السيد في أحد القولين عندنا وتجزيه عن الظهر ولا تجب عليه إذا أذن له السيد ولا
تجزيه عن حجة الإسلام إذا أعتق بخلاف الجمعة بدل من الظهر وليست بدلا عن
الوجوب بخلاف الحج فإنه لا بدل له وإنما اشترط إذن السلطان في إقامة الجمعة
على قول الحسن والأوزاعي وأبي حنيفة ويحيى بن عمر عندنا ولا يشترط إذنه في سائر
الصلوات لأن الجمعة من الأمور العامة وما يتعلق بعموم الناس يكون للسلطان
فيه شركة ولكون الولاية الشرعية دون غيرها كالعقد الذي يرجع صلاحه إلى عموم الناس
وأخذ الزكاة التي هي لعامة الفقراء وكذلك سائر الأمور العامة لأن العامة إذا كثرت
واجتمعت لم تصلح إلا بسائس وليس إلا السلطان الذي له العقد بالسيف والجمعة لا تعم
العامة وإنما أحلوا كثيرا الجامع في غيرها فلا تجزئه عليه الجمعة وأخلوا أكثر البيت محل
وأخله في الأفنية والشرفة لأن الصحيح في الأفنية يكون بالأصل بخلاف الصلاة فإن فيها ما
على الاحتياط فمن نشبه البيت فلو خلف ليتخطى شيئا لم يصر بغباده على كتفه لم يجعل كفيه
في البر كبطنه وإنما قيل بصحة صلاة الصبي العزب بالبلد لغيره في غير صلاة الجمعة ولا تصح
في الجمعة لأن الإمام في الجمعة شرط في صحتها وغيرها من الصلوات ليس الإمام شرطا في
صحتها وإنما قال ابن حبيب تصلى الجمعة خلف الإمام الجائر الفاسق بلغ فسقه وجوره ما
بلغ ولا تصلى سائر الصلوات خلفه لأن الجمعة متى لم تصل وراء الإمام الجائر أدى إلى
الخروج عليه وإثارة فتنة فلهذا أباحه في الجمعة دون غيرها وإن كان القياس أن يكون
اعتبار العدالة في الجمعة آكد لأنه شرط الإمام فيها واشتراط صفات فيها لا تشترط في
غيرها من الصلوات وإنما اعتبرت الجماعة في صحة صلاة الجمعة ولم تعتبر في غيرها
لأن الجمعة أقيمت على صفات فمن تلك الصفات التي خصت بها الخطبتان والاقتصار

معالم الشرع وان كان ايه مركزا لك كنهن فلا يزال فتعمير الشرع منها الصلاة باشتراط
الجمعة اذ الواجب لعذر لا تعمل به الجماعات وان كثفا ولو صح ان يقيمها البعض في نفسه
لبطل الغرض المقصود منها وبهذا المعنى خصت بالجمع دون صلوات النهار ولان الجمعة اكثر
اكثر في الاظهار وابلغ شاعة والاسرار ضرب من الاخفاء والاخفاء ينافي الموضوع الذي
تميز بها وانما اختلفوا في الواجب يقوم على الامام في صلاة الجمعة او بعد الخطبة وقبل
الصلاة يصلي الثاني خطبة الاول لا وينوب على الصلاة في النسبة اذا ورد متى يتعين
حكمه من يبلغ عنه للرسول صلى الله عليه وسلم او يبلغ عنه للمكلفين ولم يختلفوا في انه لو فرغ
الثاني بعد ان فرغ الاول من الصلاة ان الصلاة تامة لا تعاد ومع ان ظهره منها انه قبل
يفتتح من بابه الصلاة ولو فرغ من الصلاة اذا كان الوقت باقيا كما اشار ابنه عبد الحق
عن بعض شيوخه لان الفراغ من الجمعة يحل محل تقضي الوقت ومن لو فرع بعد تقضي الوقت لم
تعدها تعاد وكذلك هنا وفيه نظر لقول اكثر الرواة فيمن لم يذكر فائتة حتى فرغ من صلاة
الجمعة انه يعيدها ظهرا فلا يكاد يستقل من يحقق في المسئلة فلا نطول وانما لا يسلم
ولا يرد ولا يشمت المستمع للخطبة يوم الجمعة ويتعوذ اذا ذكر الخطيب النار ويصلي
على النبي صلى الله عليه وسلم اذ اجرى ذكره والصلاة عليه ويؤمن اذا دعا الامام
مع ان الجميع كلام لان المتعوذ وما ذكر معه كالمجاوب للخطيب الا ترى ان الخطيب
اذا كلم احدا فانه يجيبه ولا يعد لاغيا ولا سيما اذا وقف الامام في وعظه الخطبة
كالمتطلب للتأمين وكذلك وما ذكر معه فاله ابن عمر السلام

فصل كتاب الزكاة

وانما خصت الاربعة الى الصوم بها في الزكاة ولم تخص العوامل لان الماشية في الارباح
الشبه المحقق بينهما وبين السعاة حيث كان حول الامهات حولا لها والعوامل لا شبه بينهما
وبينها وايضا الاصل ترتب المشروط والسبب على المسبب فكان الحمل على مثل هذا
يقع من حيث الخروج عن الاصل اذا قوي الشبه كما في الربح وبقيت اذا ترجع الى الاصل
الذي يجب اعتباره حتى يخرج ومن الشرط الذي هو الحول وانما تسقط الزكاة عن على

لا سببه ولا يجب وجود مشروطه بدون شرطه ولا مسبب دون سببه بحيث وجدناه في الشريعة
الا ما يجوز اسقاطها للضرورة وهو تقدم الشرط على المشروط والسبب

الغنية

الغنيمة والتجارة لا تسقط في النعم المقتناة وإن كانت غير سائمة لأن النعم تنموا
بنفسها وإن لم تكن سائمة بخلاف الحلي فإنه لا نماء فيه فيبقى مع القنية وإنما يفهم
الأخير للأول في اقتنائه إذا اختلطت أحواله وفي الفوائد بالعكس يفهم الأول إلى
الأخير لأن الأصل في الديون أن يزكى بمرور الحول ولذلك قال كثير من العلماء بالزكاة وهو
على الغريم لكن لما منع من إخراجها على الترتيب خوف عدم القبض فإذا قبض كان ينبغي
أن يرد إلى الحال الذي كان عليه وهو على الحول فإذا حصل فيه تفصيل ضم الأخير إلى
الأول وإنما لا يقوم المحتكر ماشية التجارة وقدر العروض إذا كانت نصابا ويقوم
إذا كانت غير نصاب لأن زكاة رقاب الماشية وعين الثمرة سواء الأمر فلا يعدل عنه
إلى غيره وإنما كان الدين مسقطا لزكاة العين وغير مسقط لزكاة الحرث والماشية مع
أن الكل زكاة العين ترجع إلى أمانة المزكي بخلاف الحرث والماشية فإن نماءها ليست كذلك
والأصل يخرج نماء السعاة وكانت التهمة قلما في التي يخرج الأصل نماءها فلم يصدقوا في الزكاة
بخلاف العين وأيضا السنة إنما جاءت في الخارص المحسوب الحكم وأما الماشية والثمار
فقد بعث النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده الخراص والسعاة يخرصوا على الناس
ويأخذوا منهم زكاة فلا يقتدى بهم ولم يتكلوا على غيرهم برأي لا قاله ابن القاسم وأيضا
زكاة الحرث والماشية لم يؤتمن عليها أربابها فلو قبل قول أربابها أو غيرهم يؤدوا للأداء
ذلك إلى إسقاط الزكاة بحسم الباب وزكاة العين وكلت إلى أمانة أربابها فلا يرد
البعض يورد وأيضا الحرث والماشية أموال ظاهرة وليس كذلك العين لأنه يخفي فيجمع
زكاته بإسقاط الدين لما يخفي إخراجها على أربابها وقد يجعل لا تسقط زكاته لئلا
يتساهلون في إخراج الزكاة إذا علم أن الدين يمنع من إخراج زكاة تقاصهم من أموالهم
قاله ابن بشير وغيره وأيضا العين لا ينموا بنفسه بخلاف غيره فلو لزمت الزكاة في
العين مع الدين للحقت المشقة قاله في شرح الإرشاد. وإنما لم يختلفوا في اعتبار
عدد ما عليه من الدين واختلفوا في اعتبار عدد ما له من الدين أو قيمته في جعل الدين
فيه لأن ما عليه من الدين لا بد من قضائه وأن له لا يملك البيع إلا بقيمته الآن بكره لا

وعلى مؤنس يتيم ملي ومكروه ما عليه في عدد ماله قاله ابن اسحاق وهو ايضا المرتبات للاوقاف
او افلس حل المؤجل لما عليه بعد ذلك وصار كالحال واما قاله من الدين الحال
بحسب عدده والمنجم قيمته لانه للاوقاف او فلس لبيع المنجم قيمته للغرماء ان شاء وانما يجعل
دينه في كل ما يباع عليه الا الكلام للمفلس قاله ابن يونس وانما لا يسقط الدين زكاة
المعدن ويسقط زكاة العين المودع ان الكل يمنع للزوم المعين للغريم كما يمنع العين
وكانت الثمرة للموقع كما للمودع الزرع وقيل لشبهه بالزرع فيسقطه الثمر من جهة
شبهه بالعين قيل غلب احد الشبهين واجيب بان شبهه بالزرع اقوى وانما تسقط
الزكاة نفقة الولد او قضي بها اتفاقا وفي سقوطها بنفقة الابوين ان قضي بها قولان
لان الوالد يسامح ولو لاكثر من سنة نفقة الولد للوالد وايضا نفقة الابناء لا تسقط
عن الاب الا بعد كانوا حتى يبلغوا ونفقة الابوين كانت سنة فكفة عنه وانما تلزمه
بالقضاء وانما يجعل الدين في المعدن اتفاقا واختلف في جعله في المال المزكى نحو ماشية
ولدته من هبة وولدته رجعية عليه اخرا منها لانه الدين لا يسقط زكاة المعدن وهو كما شبه
قاله ابن يونس وانما يسقط دين الاولاد غير الزكاة ولا يسقطهما دين الزكاة لان دين
الزكاة كالبيع يمين معين فضعف لذلك بخلاف دين الاولاد وانما لم يسقط دين الكفارات
الزكاة بالاخلاف واسقطهما دين الزكاة على المشهور لان دين الزكاة تتوجه المطالبة
به من الامام العادل وان منعها انتزعها فلم يجزه تمليكهما والله اعلم وايضا الكفارات ان
لها بدل والزكاة لا بدل لها فكانت اقوى وايضا الزكاة اخذها الله مستحقة
بقوله انما الصدقات للفقراء وقد قيل ان الاطعام للملك وقد اختلف عندنا هل
الفقراء شركاء ام لا ولا كذلك الكفارات فكانت اضعف من الزكاة فلا يؤثر الدين
في اسقاطها والله اعلم وايضا الزكاة على الفور اجماعا والكفارات مختلف فيها
اهي على الفور ام على التراخي تنبيه العزو بان دين الزكاة تتوجه المطالبة به
من الامام العادل بخلاف دين الكفارات لا يخلص لقول اللخمي ان الكفارات حكمها حكم
الزكاة في مطالبة الامام بها واجبار الناس عليها والعزو بان الزكاة على

الفور

الفور إجماعا والكفارات مختلف فيها أيضا لا يختلف القول فيهما أيضا وإن اختلف
في الكفارات هل هي على الفور أو على التراخي إنما هو في من قدر كان يعتقد أنه يخرجها فأما
من علم منه جحودها وأنه يقول لا شيء علي فإنه لا يؤخرها وإنما قال ابن القاسم
يجعل الدين في قيمة المدبر عبدا أو قال فيمن تصدق بكل ماله لا شيء في مدبره لأن وجوب السنة
آكد من وجوب الالتزام كقوله في المدونة من أعتق جنين أمة يبيعها في دينه إنما دين
بخلاف أمته الحامل من ابنه لأن عتقها عتق سنة لا التزام وإنما قال سحنون لا يجعل
الدين في رقبة المدبر ولا في خدمته وقال فيمن تصدق بكل ماله يتصدق بثلث خدمة مدبره لأن
التقويم بيانا في العرض دون الخدمة وإنما خص الشرع المواشي بالأوقاص دون النقود
لأن النقود تتجزأ من غير ضرر فلنا يعني أن الوقص بعد الوجوب أهله المحبوب فتنبيه أبو
حنيفة يقول بأن الوقص يريد محل التعذر بين المواشي والحجة عليه المحبوب والبشر له عمران
يعتبرها فإن قيل عمدته ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا زادت الإبل اسم
على ما شئت ... فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين قلنا قال ابن العربي في هذا الحديث يرويه
الحجاج ابن أرطاة وهو ضعيف وعبادة ابن قيس عن علي ولم يلقه فالحديث واه بين
ضعيف ومقطوع وإنما تزكى العين الموقوفة للسلف بخلاف المغصوب والمدفون لأن
الموقوف للسلف غير معجوز عن تنميته لأن العجز المتوهم فيه إنما هو في غير المالك له وعجز
غير المالك عن تنمية المال ليس يسقط الزكاة وإن انفسخ العجز عن التنمية بالنسبة
إلى المالك والمالك هنا غير واحد عنه المالك الذي يزكي هذا المال على ملكه ومن أزال
وقفه لا يجبر وقفه للسلف ترك تنميته ابتداء اختيارا منه لا عجزا إذ لو شاء أن ينمي على تنميته
ويدفع بذلك المبعض ويمنع كونه الآن بيد من هو فيه في بدل منزلة كونه بيد وكيل ربه وبد
يسقط زكاة المال كونه بيد وكيل ربه ولا يقال فيه والحالة هذه إنه معجوز عن تنميته
فلذلك يزكي ما دام موقوفا بيد من هو موقوف على يديه لم يتسلف فإذا استسلف
نظر لعدده الأعوام فإنه يزكي لعام واحد على حكم زكاة الدين بخلاف المغصوب فإن مالكه
عاجز عن تنميته مقهور على ذلك غير مختار وإنما يجوز إعطاء الغازي غنيا من الزكاة.

إذا كان عربيا والجناية دون الثلث ولا يجوز أن يعقل في قتل العمد إذا قبلت منه
الدية وكان عربيا مع أن الجميع دية وجبت على قتل لأن قتل العمد معصية فلا يعان
بالمعرفة في ذلك لأن العاقل إنما يستحق جزءا من المعرفة إذا كان دينه من غير معصية
والقتل حكمنا به معصية فيه وأيضا دية الخطأ على عاقلة القاتل فليس
بغارم إذا قلنا يعرف دخوله في التحمل مع العاقلة ولا ذنب قبلهم وإنما أوجبوا
الزكاة على المعدن ولم يوجبوها على الرواتب مع أن الجميع تبرع لأن المعدن يجوز له
شراء القرية منهما والرواتب ممنوع من شراء مبتنة عن ربهما والله أعلم وإنما
قيل بإجزاء الرقبة المعيبة في الزكاة وأجمعوا في الرقاب الواجبة في الكفارات
على اشتراط السلامة من العيوب المانعة من الإجزاء لأن الزكاة قد أخرجت كلها ولم
يتمسك منها بشيء لأجل العيب فأجزأته والعتق عن الكفارات وجبت عليه رقبة
غير معيبة فهو عتق على نفسه فأمر أن يأتي بها فإنه بعض شراء الجلاب تنبيه أجمعوا على
أن الزكاة تعطى للحرائر فقط في خلقته ولعل يجزي أجزاء المعيب من الرقاب والله أعلم
وإنما لم تجب الزكاة في غير الأنعام من سائر الحيوانات وتجب فيها لأن النعم هي
المعدة للنماء غالبا وفيها الدر والنسل وأن صوف والأشعار والأوبار وغيرها
من الحيوانات لا يوجد فيها كمال النماء على مثل الثورة وأيضا فقد اختص بالنص
دون غيرها قاله ابن بشير وإنما قال أشهب في حلي القنية والحيوان الذي لم يقصد
التجارة فلا زكاة فيه كالعروض إذا نوى به التجارة ومن دفع حوالة الأسواق والزكاة
ويقتضي كونه كالعروض لا زكاة فيه وإن نوى به التجارة فلا تؤثر فيه النية كالعرض
من أهل الغير تجب فيه الزكاة وهو مثله في تقتضيه بخلاف العروض وإنما قالوا في
مشتري الثمرة مع أصولها قبل طيبها ثم باع الثمرة أنه يستقبل بثمنها حولا كفائدة على
المشهور وإذا ابتاع غنما للتجارة فجزها ثم باع صوفه فإنه يستقبل به أيضا فالفرق أن
الغنم تابع له وملك له ولا يدخل في ملك المشتري باسم الشراء فكان كفائدة ولا كذلك
الثمرة فإنها وإن كانت تبعا للأصل ففي بعض المشهور يكون صفقة تجارة فتزكى ثمنها

قول ابن ... على القول ببنائه والله اعلم قاله ابن ادريس وانما لم يجز اخراج الزكاة
واخراجها بغير النية كالفاتحة والتكبير لان الفاتحة اذا لم يات بها لم يات بما يستغنى فيهما ويبطل الفروع
بتسلط القول ببطلة ثم يردها وتتبيع والجامع ان كلا واحد منهما فرض مقصود وتعلقت النية منه
لان الفروع مترتب على حقيقتها فالمراد منها بعد حصولها في اقامته ويرده في حقيقتها كثير بهما
ولا كذلك زمن اخراج الزكاة فانه انما يتمحض للتمييز عند حصولها ولم يترتب على حقيقتها ليستغنى
فيه بدل فافترقا وانما لم يكتف في اجزاء النية في الصلاة ومثل الزوجين ابن بتكبير عن لبس جزاءه
واكتفى في الزكاة بمقارنة واحد لان حكم التكبير شرع لتنال فلا تبرا بعد النية القاصرة والدوام
للثاني فلا تعتبر فيه النية الغالبة وايضا الجزاء بسبب اكتساب محرم والزكاة بسبب كسب
حلال وايضا العبد في امام الله ومرة والعدل عليه عظيم وذلك يوجب ان يتمالى
والتحفظ عليه اكثر منها وانما قالوا اذا اختلف القولان في الروايات يؤخذ بقول
الجميع فالمراد بكل منهم اعني بمعوله فقط وقالوا في الشهود اذا زاد بعضهم على بعض فالعمل
على شهادة من زاد لان العادل كل لحاكم ولذلك فان بعض الاشياخ الكلام انه انما يعمل
بقول الجميع اذا اجتمعوا في عدد واما لو كانوا واحدا بعد واحد لعمل على قول الاول لان خروج
من بعده في غير عمل ولو اجتمع خارصان فقال احدهما اربعة اوسق وقال الاخر ثلاثة فعلى
بعض الاشياخ تمرده على قول الشيخ وانما ينتقل عرض التجارة الى القنية بالنية ولا ينتقل
عرض القنية الى التجارة بالنية لان الاصل في العروض القنية والتجارة طارئة فوجب
ان يرجع الى الاصل بادنى نية من قصد القنية ولا ينتقل عن الاصل الا بالفعل كالمسافر الذي
ينتقل عن السفر بالنية ولا ينتقل الى السفر اذا كان مقيما بالنية حتى يتصرف فينتقل الى الاصل
بادنى نية الحضر ولا ينتقل عنه الا بالفعل وايضا فقد يقال ان الاصل ... وايضا واحد وذلك
ان ما كان اصله للتجارة لا نسلم انه ينتقل الى القنية بالنية خالصة بل بنيته مقارنة
لعمل وهو امساك العرض وترك تقليبه في التجارة وكذلك ما كان اصله للقنية لا ينتقل
بالنية الى التجارة حتى يتصرف بالبيع والابتياع فالتها عند العروض وانما لا يزكو العين
الموروث بقبضه اعواما الا بعلم به وتزكو الماشية والحرث وان لم يعلم بهما والكل

قال موزون لأن من عنده ماشية أو ثمار وعليه دين يغترقهما فالماشية مثلهما أو ثمار
لم يمنع الدين ذلك من أخذ زكاتهما ومن عنده عين للأول أنه عين له وعليه دين مثله
أو عرض لم تلزمه منه زكاة والزرع يزرعه الزارع ثم تصيبه في ثمانية حتى يقبضهما قاله
ابن يونس وأيضا السنة إنما جاءت في أخذ الثمار وسوا المحبوس على التنمية قاله
سحنون وأيضا العين لا تنموا بنفسها وإنما الماشية والثمار تنموا بنفسها قاله اللخمي
وإنما تسقط نفقة الزوجة الزكاة ولا تسقطها بنفقة الولد والوالدين لأن نفقة
الزوجة عوض من الاستمتاع بالبضع الذي أخذه ونفقة الولد والوالدين لا عن عوض
فكانت أقوى بهذا وأيضا نفقة الزوجة إذا عجز الزوج عنها طلقت عليه الزوجة
إن شاءت ذلك ولا يعذر بالعسر ونفقة الولد والوالدين إذا عجز عنها كانوا في
مرفق المسلمين فلما كان يتعلق الحكم في نفقة الزوجة بالعسر على ما وصفنا كانت بنفقتها
آكد وأوجب من نفقة الولد والوالدين فلهذا افترقا وإنما قال في المدونة فيمن له دار
وخادم لا فضل في ثمنهما عن سواهما أنه يعطى من الزكاة وإذا كانت له دار وخادم
يجب عليه أن يكفر بالعتق أو الإطعام إذا كانت عليه كفارة يمين ولا يكفر بالصوم فجعله
غنيا باعتبار الكفارة وفقيرا باعتبار الزكاة لأن الكفارة هو عليه وأخذ الزكاة
حق له فاحتيط عليه بعض ما عليه وإن كان داخلا في لفظ الفقير والمسكين كما يباع الفاضل
عليه في الدين كل شيء ولا يترك له إلا ما يعيش به الأيام هو وأهله ويعطى من الزكاة
لأنه فقير ومسكين قاله أبو الحسن الصغير وإنما قال ابن شعبان وأشهب تجوز الزكاة
في ماشية الغرماء على ربها إذا أحاط الدين بها وتخرج قيمة الشاة إنما هو له من أجل
الثمار يكون حقا بقدر رأس المال ولا زكاة العين على رب المال في عين الغرماء ومن كالنفقة
ملحقة وإلى أصل المال الأخرى الأول لأن إنما شيئة تزكو من رقابها والعطلة ما خرجت من
غير العين قاله ابن حبيب وإنما قال في المدونة إذا باع الماشية قبل الحول أو بعده وقبل
مجيء الساعي أنه يزكي الثمن الأول حوله من يوم أفاده وإذا اشترى الماشية بالعين
فإنه يزكي الماشية لحول من يوم الشراء وكان الواجب على هذا أن يزكي الثمرة إذا ما عمله

لبوغ الشراء لأن بيع انما شبيه بالعين بينهم فيهما بالعروض من الزكاة ولا قيمة في اشتراء
انما شبيه بالعيراة اكانت زكاة العين موكولة الى امانة اربابها فلا تهمة في العين وكان
وانما قال فات واشهد بها اذا فات رب الماشية عن نصاب ما شبيه بعد حولها وقبل
مجيء الساعي انه لا زكاة على الوارث واذا فات بعد طيب الحبوب والثمار وجبت
عليهم لان الله تعالى فرض اوجب زكاة الحبوب والثمار بالطيب لقوله تعالى وآتوا حقه
يوم حصاده فاذا مات بعد الحصاد فقد مات بعد وجوب الزكاة عليه واوجبت
السنة ان الزكاة في الماشية الا بعد حول وبعد قدوم الساعي فاذا مات قبل قدوم الساعي
فقد مات قبل وجوبها وكذا لو ماتت الماشية بعد الحول وقبل قدوم الساعي انه لا يجب
عليه زكاتها وكذلك فوت نحو ج لانه مات قبل حولها قاله ابن يونس وانما كان ما عليهم
فيه من الزكاة وان اوصى بها يكون في الثلث مبدأ وكذا ما فرط عليه في مرضه من راس المال لان ما فرط
فيه لا نعلم صدقه فيه من تزيده وتبكره ان يكون اخرجه واراد الفرار بالورثة باخراج الفرض فته
من راس ماله ويتوسل بذلك الى راس ماله في مرضه فيمنع من ذلك وجعلت في الثلث مبدأة
وقويت قوة على سائر الوصايا بالاحتمال صدقه ولو علم صدقه يقينا لكانت من راس ماله
ولا كذلك ما حل عليه في مرضه فانها من راس ماله لتبين صدقه وانما كانت الزكاة
مبدأة على ما اوصى به من عتق بعينه مع ان كلا منهما موصى به لان الزكاة لازمة له على
كل حال اذا فرط لم يكن له العدول عنها بخلاف الوصية بالعتق فان له الرجوع فيها
وانما اخرت الزكاة المفرط فيها عن المدبر في الصحة ومن اوائل التكوعة في المرض مع ان يخرج
الجميع من الثلث لان الزكاة لا طالب لها معين بخلاف المدبر والمدبر في الصحة وانما
بدئت الزكاة التي فرط فيها على كفارة الظهار والقتل مع ان الجميع واجب لان الزكاة
ربه يطالب بها ويقوم الفقراء بها على سبيل الطلب والا عيناء ولا كذلك الكفارات
اما كفارة الظهار ففيها عتق وصيام واطعام واما كفارة قتل النفس ففيها عتق
وصيام وانما اخرت كفارة اليمين بالله عن كفارة القتل والظهار وان كان الجميع
يتعلق القرآن لان كفارة اليمين فيها تخيير وكفارة الظهار والقتل لا تخيير فيهما وانما

آخر كفارة الفطر كمن أفطر في رمضان عن كفارة اليمين بالله لأن كفارة الفطر في
رمضان وجبت بالسنة وكفارة اليمين بالله بنص القرآن وإنما يبعث الإمام لزكاة
الحبوب والمواشي ولا يبعث لزكاة العين لأن زكاة المواشي والحبوب يتعذر حملها
ويشق كثيرا على أهلها فلو كلفوا حملها لظلموا قاله ابن المواز فتنبيه فيؤخذ من
هذا عن تردد له السعاة وأما من لا تردد له السعاة لبعدهم فعليهم أن يتحملوا ما عليهم
إلى المدينة أو بلدة يحضرها بعضهم ولم يزل الأخذ بالعتبية في هذا بالسؤال وإنما قالوا في
الموهوب له معينا جزءا من الزرع قبل طيبه أنه كأحد الورثة فيعتبر حظه فإن كان فيه
زكاة زكاه وإن لم فلا ولو حبس زرعا على معينين قبل الطيب لكانت الزكاة على
الجملة على قول المغيرة وسحنون وعليه حمل ابن رشد المدونة لأن الموهوب له بعينه
إذا تصدق على الزرع كان كأحد الورثة وقد كان على ملكه فالزكاة على ملكه والمحبس
عليهم لم تطب الثمرة على ملكهم بل على ملك المحبس وإن كانوا معينين إذ الرقبة على
ملك المحبس قاله أبو عمران وإنما قال ابن أخي هشام ابن بكير في حب الفجل زيت فلا
زكاة فيه كالعصفر وقال في الزيتون الذي لا زيت له والعنب الذي لا يزبب والرطب
الذي لا يتمر يزكى لأن حب الفجل الذي يكون فيه زيت لا يؤكل بخلاف ما ذكر فإنما
يؤكل وإن لم يصل إلى حالة الكمال ولا أخرج من الزيتون زيتا وإنما يعتبر قدر
الخرص في الحبوب والثمار باليبس وفي العنب كونه زبيبا ولا يعتبر اليبس في الزيتون
على المشهور خلافا للشافعية لأن الثمرة تتم المنفعة بها إذا يبست وأما الزيتون
فالمنفعة فيه إنما هي في زيته وعصره بأثر جمعه وقبل تجفيفه أحسن وإنما يتأخر عصره
ليتعذر العاصر وكلما جمع باقيه للكلفة الزيادة من ربه وإنما كانت فائدة الماشية
إذا ماتت نصابا قبلها تم الحول ولو بيوم قبل مجيء الساعي وفائدة العين
يستقبل بها حولا وإن صادفت نصابا قبلها لأن زكاة الماشية موكولة إلى
6 الساعي فلو لم تضم الثانية إلى الأولى لأدى ذلك إلى خروجه مرتين وفيه حرج بخلاف
العين فإنها موكولة إلى أمانة أربابها وأيضا الماشية لو وقعت كل فائدة على حولها

للاوقى

لأذان الذي الرؤيا لعبد الله الصحابي التي قررها عليه الصلاة والسلام بلالا والثاني
يكون بن نسا ان يعقوب شهادة فوقعت بها نصف حوله ثم استبدل ان جعلت ان جعل اخرى
فلو بقي كل واحد على قوله لأدى إلى أن يخرج عن واحدة وعشرين ثلاث شهادات وهو خلاف
ما أمر عليه سيدنا ومولانا محمد صلى الله عليه وسلم وأيضا لما كانت زكاة الماشية
موكولة للسعاة فلو لم تكن إلا العادية تعم للأداء إلى أن يرعى كل شخص أنه قد استبدل
بعض قال بتركه لتسقط الزكاة بخلاف العين وإن الهمة فيهما متعينة لأن زكاتهما موكولة
إلى أمانة أربابها وإنما تعتبر زكاة الفطر ولا تعتبر إليه نية إذا خرجت أيام النحر
لأن أيه جماع فتعين أنه لا يختص بغير أيام النحر والفرق إنما هو على حسب ما أثبته الشارع
وأصل زكاة الفطر إنما تجب بطلوع ليلة الفطر ويومه كذلك الأقوال التي تجب
بطلوع الفجر وإن أخرجها قبلها لأن الصدقة تنفع المساكين ويشهد بها عليهم قال
أبو عمران وأيضا الله عز وجل خص الأيام المعلومات بما لقوله ليذكروا اسم الله
في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فلا بد جمعه في تمييزها ولا حق فيها
للمساكين فصار لهم نفعها متى أخرجت وزكاة الفطر مخصوص بها المساكين كذلك
إن قوال متى أخرجت البهيمة نفعتهم قال ابن يونس وإنما تجب زكاة الفطر على الزوج
عن زوجته على المشهور خلافا لابن أشرس ولا تجب عليه النفقة عنها على المشهور
خلافا لابن أبي دينار لأن معرفة الفطر قد جاء في الحديث أن زكاة الفطر عن كل من تمونون
وابن فلكل أن لا أحد عن أحد في الجميع فرحمت معرفة الفطر بن لبابة وبعض قلد من أما على
ابن فلان قاله أبو الحسن في تنبيه الشمس الشيخ المحدث أبو عبد الله بن رشيد الفهري
السبتي رحمه الله من العزو ولو خرج الحديث أهل الصحة وأجيب بأنه وإن لم
يخرجه أهل الصحة فهو من أحاديث الفقهاء التي يحتجون بها في التصحيحات لا يقال إن
الفقهاء ليسوا معروفين في الحديث إذ لا يعرفون صحيح الحديث من السقيم فإنهم
يقبلون منه ما خرج ويقبل منه الفقهاء لأنا نقول إلا ما نقل العدول الصحة وقد
تنحل بكثرة شغوله وقال ابن رشيد ميامنة العلم أسس من تحصيله وانتشروا

فلو ان اهل العلم صانوه صانهم ∴ ولو عظموه في النفوس لعظما

وإنما قبل قول الواحد في دفع زكاة الفطر عن صاحبها وإن كان نوى في حقها نية أمره أو غير ذلك ولا يقبل قوله في دفع النفقة إن كان نوى في حقها نية أمره إذ أن تصرفه لأن زكاة الفطر لم تجر العادة على إخراجها من شيئا ومن يخرجها قبل الفطر والأكل وقد قال في كتاب الشهادات فيمن دفع إلى اليتيم ماله يعرفه على الشاهدين وقد قال في فتنه بل كان الشاهدين معينين ولذلك لم يقبل قوله إذ لا بد بالإشهاد وإن كان نوى بجهة ليتيم قبل قوله والمدفوع إليه زكاة الفطر غير معينين قاله الشيخ أبو الحسن وإنما قبل بعدم إجزاء البدل في معرفة الفطر وإجزاء القطنية في أن كل واحد منهما غير فيه للعين ثم لنا أن القطنية من جنس ما تجب فيه الزكاة فهو أشبه بما تؤدى منه ولعل البدل كذلك قاله أبو الحسن وإنما لا يجزئ في إخراج القيمة من عين أو عرض في زكاة الفطر ويجزئ مع كراهة في زكاة العين والحرث والماشية لأن مصلحة الفقراء في زكاة الفطر إشباع والقول عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن سؤال هذا اليوم وهو إذا خرج ثمنا أو عرضا لم يمكنه من الأكل فيما قبل الفطر والذي هو المطلوب قاله الشيخ أبو الحسن

فروق كتاب الصيام

وإنما اتفقوا على قبول العدد إن أتوا الخبر بدخول وقت الصلاة ولم يقبلوا بقول الشاهد الواحد برؤية هلال رمضان أو شوال مع أن كل واحد منهما عن دخول وقت العبادة لأن العدد منتشر في أخبار الذي يطلع عليه سواء غير شهادة وسار بل قد يتعرض عليه ولو أخطأ لم يشترك الكثير عليه بخلاف الهلال فإنه لا يعلم إلا بقول لا يستطيع ثبوته وإن الناس موهم على رؤيته وبدل لهم ووسعهم كالمطر فيه له وأيضا الزوال لا يرتفع في كل يوم فهو معلوم الحصول في ذلك اليوم لكل من على وجه الأرض بخلاف هلال رمضان أو شوال فإنه يهل في بلد ولا يرى في آخر وإنما اشترط العدد في الشهادات ولم يشترط في الرواية مع أن الخبر شامل لهما معا لأن الشهادة تتعلق بمعين فاشترط فيها العدد لقوة التهمة بخلاف الرواية فإنها تتعلق بغير معين

ينبني الفرق على تعليل كلام القرافي فما أثر الرفض في الصوم والصلاة على المشهور
ولم يؤثر في إحرام الحج ولا في الوضوء بعد كماله أو في خلاله مع أن الجميع عبادات تفتقر
إلى نية لأن الرفض في الصوم للإمساك الشرعي المخاطب به وإتيان نية العكس بعد
عمل منه هو ما خوطب به من الإمساك فيبطل صومه وأما الصلاة فسبيلها
أن يتم عملها على ما أوجبه الشرع فإذا رفضها ونوى تركها حتى يشتغل في نفسه
أو يحدث إن شاء أو يأكل أو يشرب ويتمادى على أنه في غير عمل الصلاة فقد عمل
منه أيضا ما ليس من سنة الصلاة ولا سبيلها وقد اختلف أصحابنا فيما هو أيسر
من هذا فيمن خطر له تنفيلها إلى نافلة ومضى في بعضه وأتم من بعض وهو لا يعتد به
فهذا أيسر شيء لأن حكم الحدث قد ارتفع عنه بكماله ورفض الوضوء ليس
بحدث داخل عليه فتنتقض طهارته فلم يلتفت إلى رفضه وكذلك إذا نوى رفض
الوضوء ثم أكمله وهو لا يرفضه ليس بشيء لأن ما غسل من أعضاء الوضوء
حكم الحدث قد ارتفع عنه فلا حكم لرفضه أيضا إذا تمادى فأكمل بالنية وضوءه بالقرب
وكذلك أيضا رافض إحرامه ليس رفضه بقاطع لما هو فيه لأنه إنما عليه من مواضع يأتيها
فإذا رفض إحرامه ثم تمادى إلى المواضع التي خوطب بفعلها لم يعمل لرفضه حكم وأما
إن كان في حكم الأول وفعل التي تجب عليه نوى الرفض وفعلها بغير نية كالمكره
ويقول فقد رفض بعد كمال ذلك وأيضا فلما كان الوضوء معقول المعنى يرى
أن الحنفية لم يوجبوا فيه النية وفي رواية الوليد بن مسلم عن مالك أيضا وأن الحج
يحتوي على أعمال قالبية وبدنية لم يشاكل طلب النية فيهما فرفض النية فيهما رفض
لما هو عين فشاكل ذلك فناسب لعدم الرفض ولأن الحج لما كان عبادة شاقة
ويتمادى في فساده ناسب أن يقال بعدم الرفض لعدم المشقة الحاصلة على تعذيره
رفضه والله أعلم. تنبيه: قال شهاب الدين القرافي رحمه الله رفض النية في
العبادات من المشكلات فإن النية وقعت وكذلك العبادة وقعت فكيف
يصح رفض الواقع وكيف يصح القصد إلى المستحيل فإن النية واقعة قطعا والعبادة

محققة جزما فالقضاء وقد فات ذلك وان كان لا فمن المستحيل رفع الواقع واخراج
ما اندرج في الزمان من الواقع فيه وكل ذلك مستحيل والجواب عنه
أنه من باب التقديرات الشرعية بمعنى أن صاحب الشرع يقدر هذا النية أو
هذه العبادة في حكم ما لم يوجد لأنه يبطل وجود ما اندرج في الزمن الماضي
فاجور عليها الآن حكم عبادة لم توجد قط وما لم يوجد قط يستأنف فعله
يستأنف وعلى هذا يخرج من فاته تقدير رفع الواقعات لأن من فاته رفع
الواقعات في الأول ممكن فيكلفها والثاني مستحيل فكلفها وبنى رحمه الله على هذه
الفائدة الرد بالعيب والعتق على الغير ومن قال لامرأته إن قدم زيد آخر الشهور
فأنت طالق كما لو مات قبله فإنما مباحة الوطء بالإجماع إن قدم زيد انكشف الفرق
الستة من التخيير وإنما كان له فعل الصوم في السفر والأفضل فعل الصلاة
فيه وكل هذا رخصة في عبادة لأن العبادة إذا دخل وقتها صارت قضاء وإن
ن عملت في وقتها كانت أداء وابتداء أفضل من القضاء كما قلنا وليس كذلك الصلاة
بل اجتمع فيها الأمران الأداء والرخصة لا تنافي في الوقت تنبيه يرد على القول
بفضل الإتمام أكثر عملا وقد قال عليه الصلاة والسلام أكثركم ثوابا أجدركم
عملا والأقرب أن يقال ترجيح القصر من حيث هو فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه
كثيرا ومن حيث إن فيه تعجيل براءة الذمة والبدار إلى الخير والتأخير إلى الحضر فيه
خلاف ذلك كله فكان مرجوحا والصلاة القصر فيها أفضل لأنه فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم كثيرا ولأبي بكر وعمر وعثمان وفيه مع هذا براءة الذمة والبدار
ع إلى الخير كما كان في الصوم في السفر وإنما جوزوا الفطر في رمضان في السفر بالإجماع
ولم يجوزوا فيه في صوم كفارة الظهار كالكفارة لأن الكفارة مع كونه أدخله على
نفسه فكان من القواعد وكذلك كفارة اليمين في رمضان وكفارة القتل للذي كل
واجب فيها مشبه اليمين وقع حرام فناسب التغليظ ولا كذلك رمضان تنبيه
عرف الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله بأن الله تعالى أباح الفطر في رمضان إذا كان في السفر

وأركان

وان كان مستطيعا وفات الحج لمن شرط ان يستطيع ومن لا فمستطيع وفيه نظر لان
الشرط اربابه وذوا العذر كما قدمنا وانما قال مالك في تاخير الفوت والصلاة وغيرهما
مما اشار وجوبها بالشروع اركانا وسنة مما يعذر وانما كالنسيان فلا قضاء
فيه وان كان لعذر فالقضاء وقد عد الوجوب في القضاء ان لا يعرف تسببا له
وعدله بان العكس اذا كان نسيانا ثم او لعدم فرق فما كان ان تطوع واجبا وان لم يكن
واجبا لم يكن القضاء مرتبا فاذا لم يكن عذر بشيء من ذلك والوجوب ثابت في
ان تطوع لوجود شرط الوجوب فان وقع العكس في الفوت وجب القضاء وانما
كان الفرض يقضي مطلقا والنفل يفصل فيه وكان الغالب من يقتضي ان قضاء في
النفل مطلقا لانه كان رتبة الفرض لان النفل بالشروع فيه صار فرضا فوجب له ان
يحكم بحكمه ما لم يعارضه معارض وهو قائم له في العذر قبله وانما كان التطوع
في الفوت يعرف فيه فقد بين العذر وعدمه وانه عند كان بتعيين فيه القضاء مطلقا مع
ان كل واحد منهما قد وجب بالشروع والوجوب سبب القضاء لان انه عند كان اختص
بالشيء ليبين في غيره وغلظ حكمه وانما قدموا صوم التمتع على قضاء رمضان في
المشهور لانه يتعين واخروه مع التعيين لان المتمتع لما كان ثلاثة ايام في الحج فلو
ان يصوم القضاء قبل صوم التمتع لادى الى تعدد الصوم من غير ضرورة ولهذا لما كان
قضاء رمضان واجبا موسعا وصوم النذر واجبا مضيقا لقوله تعالى وصيام ثلاثة
ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم والقاعدة عند تعارض الموسع والمضيق تقديم المضيق
اولا وتقديره علة عامة وهو من ادل الدليل على قول علمائنا بان من قال وانما تاخيره
مع التعيين فلان قضاء رمضان يوجب تاخير كذا الفدية وتاخير صيام التمتع لا يوجب
شيئا وانما كان ان اطلع رمضان عن رمضان يجزئه عن احدهما وبطل الثانية او الاول
خلاف والحرونة فيهما وان اطلع شعبان نوى قضاء عن رمضان لم يجزه رمضان لعرفه
ولا يصلح له ان من اطلع رمضان قضاء عن رمضان ما فيه لمثله في الرتبة والفوت فاخرج
ورع من فرض لغرض فناب عن احدهما وابن عن اخر وجه لغيره فرض وهذا مما ليس من جنسه

ولا في قوله فلم يجزه عن واحد منهما قاله عبد الحق تنبيهان الأول معنى الشيخ
ابو الفضل عياض بن محرز بين هذا الفرق وقال العكس أولى لأن الموجب كلمة شئت وبا في القولة أو
تعارضا كان افترق في التراجع والعناد وبخلاف إذا كان أحدهما المحق قبل وقد يقوى
هذا النظر في مسألة من حج ناويا نذره وفريضته فإنه على المشهور يجزيه عن نذره
دون فريضته الثاني استشكل تعدد الجزاء ورواية منع الجمع وقال بعضهم كيف هذا ليصح
الجواب والانزع بكلام الجواب للشافعي يجزيه ولا يجزي واجيب عنه بان الكلام
بالأخرة فكأنه يقول أجزأه عن أحدهما وبقي الآخر وفيه نظر وإنما قال ابن القاسم
في النذر المعين يقضيه إذا افطر فيه بالنسيان ولا يقضيه إذا افطر فيه بمرض لأن الغير
مغلوب معذور بخلاف الناسي فإن معه ضربا من التفريط وإنما يقضي النذر مطلقا في
فرار ولا يقضي التطوع ابدا إذا افطر فيه بالعمد الحرام لأن التطوع أخفض رتبة من النذر
فجاء به ابدا على نفسه وإنما وجب قضاء رمضان لعذر المرض ولا يجب قضاء النذر
المعين لعذر المرض لأن رمضان الحكم فيه لقوله تعالى فعدة من أيام أخر والنذر المعين
جزء داير بين التطوع وبين صوم رمضان وإنما قالوا إذا افطر رمضان عن نذره وعن فرضه
لا يجزيه عن واحد منهما وإذا نوى نذره وحجة الفريضة أجزأه للنذر فقط لأن رمضان لا
يقبل غيره ولذلك لا يجزيه عن القضاء والنذر بخلاف الحج فإن الزمان لا يتعين
لحجة الفريضة وإنما أوجبوا الكفارة على مكره المرأة على الجماع ولم يوجبوها في
مكره جماع الرجل لأن مكره جماع الرجل متسبب ومكره المرأة مباشر تنبيه قال
ابن عبد السلام لا يقال إنما وجبت الكفارة على المكره لأنها لا يتأتى صومها لأن ذلك
منقوض بمن صب في حلقه ماء مكرها وهو كذلك من المذهب ونص من ذهب على وجوب الكفارة
في ذلك أعني في هذا على مذهب المدونة وإنما قال [illegible] يكفرون يستغفرون الكفارة على الجماع
مكرهة وأوجبوا الحد عليه لأن الكفارة مترتبة بالانتهاك وهو منتف مع الإكراه
بخلاف الزنى وإنما منع الحيض والنفاس الصلاة والصوم ولم يمنعا الحج لأن الصوم
له زمن محدود للأداء وليس لقضائه زمن محدود بل يقضى في كل وقت وكذا الحج

الصلاة

الصلاة بخلاف الحج فإن وقت أدائه ووقت قضائه واحد فلو منع منه الحيض والنفاس
لأدّى الحج بعدهما إذ ليس له زمن قضاء والصوم له زمن قضاء وإنما أوجبوا المضي على
فاسد الحج والعمرة والصوم ولم يوجبوه على فاسد الصلاة لأن فساد الصلاة غالبا
إنما هو بترك ذكر أو شرط وليس ذلك مما يقبل التبعيض بخلافه فأراد الشارع في الأول
الزجر والتغليظ بخلاف الثاني والقضاء مع الكفارة وكأن الصوم والنسك لا يفعلان
إلا مرة في السنة فلا مشقة فيهما بخلاف الصلاة فإنها تتكرر فلو أمر بالتمادي في
فاسدها لشق ذلك فلذا لم يلزم التمادي

فرق كتاب الاعتكاف

وإنما صح إيقاع الصلاة الفريضة المنذورة بطهارة أو نية بها لغيرهما من الفرائض
أو النوافل ولا يصح الاعتكاف المنذور بصوم رمضان أو غيره من أنواع الصيام بل لا بد من صيام
يخصه لأن ملتزم الاعتكاف ملتزم لما هو من جنس عبادته ومن ذلك الصوم ونحوه
من شروطه أو ركنه بخلاف ملتزم الصلاة فإنه لم يؤمر بطهارة مستقلة مثلا نعم
إلا إذا كان على طهارة لأن المقصود من الطهارة ارتفاع حكم الحدث وهو حاصل فلو
أمر بها مرة أخرى قبل الحدث لكان تحصيلا للحاصل وإنما جاز للمعتكف أن يعقد النكاح
ويخطب ولم يجز ذلك للمحرم لأن المعتكف عنده وازع وهو الصوم والمسجد وذلك
مانع من ثوران الداعية بخلاف المحرم وأيضا الحج عبادة فيها طول فاحتيط لها وأيضا
الحاج مسافر في الغالب يغفل عن الأشياء في ذلك فتمكنه التذكرة المؤدية إلى الفساد في
بخلاف المعتكف وإنما قالوا إذا آجرت الكبيرة نفسها على أن ترضع في بيت الصبي
فمات زوجها إنها ترجع إلى بيت زوجها لتعتد فيه وليس لها أن تبيت في غيره وإذا سبق
الاعتكاف الطلاق لم تخرج من اعتكافها لأن مبيت المعتدة في بيتها إنما هو حفظا
للنسب واحتياطا له من إدخال الشبهة فيه والمعتكفة موضعها المسجد فيؤمن عليها
أن يطرق فيه حدث ومنعه من إخلال اعتكافها منعه من النكاح فمن أجل هذا تركت فيه
وإنما يخرج المعتكف لعيادة أبويه إذا مرضا وينتقض اعتكافه ولا يخرج لجنازتهما

ويمانع وترتبع

أخرى كيف وفيه التعريض لأعلى من ذا مرة ثانية
بخلاف الطهارة المرفوعة بالأولى فيحصل

يه ولا يجوز بيع خيار عليه بزيادته ويشتغلان بتركهما ولا كذلك الموت تنبيه
قال القاضي ابو الوليد لم يذكر علماؤنا سند من عنان العفو في هذا العذر ونكر لان ذلك مرخص فيهما ويلزم
اذا امات احدهما فان عوض خروجه يشغله الاخر وانما لا يأتيه المريض اذا اتم ليلة العيد
واذا صح في بعض اليوم فانه يرجع ولا كذلك الحائض انما يرجع بعد طهرها والمانع من صحة الصوم
في كلام الزهد في بعض اليوم الذي طهرت فيه انما يرجع ومن فيه المريض فيتم صومه
لغيره مما يخلاف العبد فانه لا يبيح صومه بل يحرم فلو امر بالرجوع لتوهم انها ملك
هذا المعتكف مالهم فاله ابو اسحاق وانما قالوا في العبد اذا انذر اعتكافا فا
بغير اذن سيده فمنعه منه بقي في ذمته وان عتق بعض ولسيده ان يشغله
مطلقا بخلاف المدبر فان له ان يشغله ويبطله في الحال وامان ان الوفاء في ذمته
العبد عيب ينقص ثمنه بخلاف النذر فان للناس غرضا في العبد اذا اعتق بكون مستغنيا
غير محتاج حتى ان ومعتقه ليعطيه شيئا هذا واذا كان مدبرا فالمنتزع ماله فيعود
من سيده فلذلك كان له ان يشغله بخلاف نذر الاعتكاف وانما يمنع العبد
من ابن اعتكاف بغير اذن سيده ولا يمنع المكاتب ابن اعتكاف اليسير لان المكاتب
احرز نفسه وماله فليس لسيده عليه اعتراض الا فيما يؤدي الى عجزه ويكون ذلك
ابن في الا اعتكاف الطويل وانما اشترطوا الكفارة في نسيان الجماع والاكراه
في انسيور خلافا للعبد ملك ووجبوا فيما استثناه الا اعتكاف انتفا فانه
الكفارة منوطة بالانتهاك والاكراه والنسيان ينافيانه ولا كذلك
استئناف ابن اعتكاف فانه كالقضاء في رمضان وانما يلزم بالنية مكون
الايام او شهر او شهور بالدخول في اول يوم منها واذا نوى مطلقا فانه لا يلزمه
متتابعا وان نواه ابن اليوم الذي دخل فيه لان ابن اعتكاف في نهار الايام
كيوم واحد بخلاف عمل الصوم فانه غير متصل لان الليل فاصل عن الصوم
والمعتكف عمل متصل في الليل والنهار فهو كاليوم الواحد في الصوم وانما اذا
كان ينقلب فيه بالليل لمنزله مثل الصوم لا يلزمه بالنية والدخول في اول

في أول يوم منه وكل يوم منه إنما يترتب عليه بدخوله فيه وإنما قالوا ينقلب فيه صوم كل الاعتكاف بالدخول في أول يوم يلزمه جميعه وإنما قالوا في المدونة إذا نذر أن يصوم بساحل من السواحل أو بموضع يتقرب بإتيانه يلزمه الصوم بذلك الموضع وإن نذر اعتكافا بساحل من السواحل يعتكف في مسجد موضعه لأن الصوم لا ينتفع من أهل سور الجهاد والاعتكاف ينتفع من ذلك كله فلذا كان اعتكافه في موضعه أفضل وإنما كره في المدونة للمعتكف أن يخرج لحاجة الإنسان في بيت فيه للزوجة وإن جاز له أن تلمسه زوجته لأنه أبعد من التشهي لأن الحشمة وازع يزعه عن الاستمتاع وليس البيت بوازع يزعه فيما هو مستمتع

فروق كتاب الحج

وإنما قالوا من يعتبر يتعاطى فقيرا بأن يبيع عروضه وما أشبه به وأراد ذلك إلى أن يترك ولده في الصدقة وقالوا إن كان من يتوصل إلى الحج أن يفتقر بذلك فإن يجعل بذل المال أن يمرض الحج ساقط لأن ذلك عطاء منه إعانة للظالم على ظلمه وبغيه ولا كذلك في الأول وإنما قالوا يحرم ركوب البحر إلى الحج إذا علم تعطيل الصلاة أو بعض أركانها فيه ولا يحرم ركوبه إلى الجهاد وإن أدى إلى تضييع فرض من فروض الصلاة بل يجب مع أن كلا منهما عبادة بدنية مهمة لأن المراد من الجهاد أن تكون كلمة الله هي العليا والقيام بها أشرف من القيام بالصلاة لأن عدم القيام بالتوحيد كفر وعدم القيام بالصلاة ليس بكفر على المعروف وبغير هذا تتبين ابن شيلاء والحج مع الصلاة بالعكس إذ هي أفضل تنبيه ذهب الباجي رحمه الله إلى ركوب البحر إلى الحج وإن أدى إلى تعطيل بعض أركان الصلاة وحمله بعض الشيوخ على ما تحقق منه قال وأما ما لم يتحقق فيعتبر أن يغلب في ركوبه وإن أدى إلى تعطيل بعض أحكام الصلاة يريد أن الصلاة على الفور إجماعا والحج مختلف فيه وإنما كره مالك في الموازية للمرأة المشي البعيد في حجة الإسلام وأوجب عليها المشي البعيد في الحجة المنذورة وكلاهما واجب لأن المرأة لو كلفت المشي في حجة الإسلام للزم منه عموم المشقة والحرج بخلاف النذر لأنه ضرورة له

فادرك وقت الوقوف نفسهما ذالك بعينهما الا ان قولنا ان نسلم اذا لم يكن عنده الا
قوت يومه للبطن فانه لا يلزمه اخراجه في زكاة الفطر ولو نذروا اخراجه للزوجة والاما
الغلام وانما تسقط زيادة النفقة عن ولي الصبي اذا خاف عليه الضيعة ان لم يا
معه الى الحج وانما تسقط عنه العمرة ولا جزاء الصيد ان احرم به وفعل موجبهما
بل ان الولي لما يضطر الى الخروج به لا الى احرامه فكانه هو الذي يفعل به فانما قالوا
في الصبي اذا احرم بغير اذن وليه فحلله ثم بلغ ان له ان يحرم ولو في ليلة النحر به
عن فرضه وفي العبد اذا احرم بغير اذن سيده فحلله ثم اعتق انه لا يحرم بعد بقضيته في
فوات الحج والعبد وكلهم ينفرد بقضاء ما ترتب عليه اذا عتق لتسببه مع عدم اذن
سيده وانما قالوا اذا اشهد عليه الاجراد بوصية الميت فقول بعضهم وان ذا
تمتع اعادة الجميع مخالفة لغرض الموصي في ان عزاء المتمتع كاسر بالمغزا وكذي العود
وايضا القارن شرك في العمل فالذي يفعل فما استوجر عليه والمتمتع لم يشرك وانما
اتى بما عليه فيه دم والدم ليس يوهم في الحج وايضا القارن استوجر على عمل بعينه
والمتمتع استوجر على عمل فهو تنبيه اعترض العبدوسي قول ابن نافع ان الفرق بينه
اقرب اليه ثم تجري مسئلة ابن عطاء من اخذ الاضمار الذي يخرج من نفسه واعترض الثاني
بان المتمتع ايضا ان يحرم له ومن فعلها كعب بابن عطاء واعترض الثالث بانه احالة
للمسالة عن موضعها وانما قالوا اذا احرم بالحج قبل اشهر الحج انه ينعقد على
المشهور واذا احرم بالصلاة قبل دخول الوقت لم ينعقد لان اعمال الحج مما يتلبس
للصلاة في امور شتى قاله عبد الحق وايضا الحج اذا احرم به قبل الوقت لا يمكن ان يقع
قبل دخول وقته عرفة تنبيه لا يقال يشكل بما مر في الصلاة قبل الوقت يتيسر
ولم يقع ان يفعل قوله لانا نقول في ذاك بطل بضرب من فيهما قبل الوقت وان لم يكن
بين ابن حزام وبطلان جزء الصلاة يبطل جميعها وانما صح انشاء الحج من مكة ولم
يصح انشاء العمرة منها لان كل واحد من النسكين لا بد ان يجمع فيه بين حل وحرم وذلك
حاصل في الحج بخروجه الى عرفة ومن حل وحل كذلك العمرة فلابد ان لا انشاءها

حتى

من الخروج الى الحل والا فقد ان يحرم منها من الجعرانة او التنعيم وانظر ما في المدونة
لا يحرم الماشي حتى يشرع في المشي والراكب يحرم بنفس ركوبه لان الرواية لا يركب
دابته ان للشيخ والقابسي فان يقوم حمولته جسر ونحوه في المشي كما نسوا به عملى
ذا ابتدأ قاله ابو عمران وانما يرفع صوته بالتلبية في المسجد الحرام ومسجد منى
ولا يرفع في غيرهما لان هذين المسجدين بنيا للحج وايضا ان من فيهما من الرياء خال
بخلاف غيرهما وانما قال ان القادم ممن احرم بحج وقال ان الحج فلا اراد ان يكون
من سعى بعد القدوم والقدوم قبل وقوف اشهر الحج المستقبل لا يفعل واما ان لا يجزئه
وممن احرم قبل اشهر الحج له ذلك لان من قدم الحج لما كان له ان يحل منه في عمرة
ولم يفعل لم يجز له ان يكون من سعى قبل اشهر الحج وهذا الذي احرم قبل اشهر الحج
فمن تركه فلا دم عليه وليس له ان يحل منه وانما يجب دم التمتع والقران على
من فاته دون الحكم بالحج لانهما من حقه ان ياتي الحج في سفر والعمرة في سفر ثان
فلما تمتع باسقاط احد السفرين وجب الدم عليه التمتع والمكي لم يسقط سفرا
فلا يلزمه الهدي لذلك تنبيه انكر بعض ائمتنا من القرويين التعليل
باسقاط احد السفرين بمن قال يلزم على قولهم ان من اعتمر في غير اشهر الحج ثم حج من عامه
ان يكون متمتعا لانه اسقط احد السفرين هذا خلاف ابن جماعة قال وانما سمي
متمتعا لانه حلل له بين حجة وعمرة النساء والطيب وما اشبه هذا القروي لا يلزم
لانه انما يراعى اسقاط احد السفرين في اشهر الحج ولو لزم ما ذكر في اعتماره في
غير اشهر الحج لعكس الجواب عليه فيقال له ارايت لو حل من عمرته في غير اشهر
الحج اليس هذا قد حل بين حجة وعمرة فيلزم على قوله ان يكون متمتعا فيما راعى
اسقاط احد السفرين في اشهر الحج وانما جعل ويقال ان اهل الجزيرة ابتهم وغيرهم
من الحرم قبل لان اهل الجزيرة كانوا بالقرب من مكة لا يلحقهم الجهد في سفرهم
كما علمهم ابن عرفة ليناله فانال غيرهم من التعب فيهم من الجهد وانما جاز بيع الغبن
والذي قد الحر ابن رشد المعتزلة والاداء لم يجز بيعه لانه لا يعتبر الغبن

منا وقفة لتشربه وكذلك الآفاقي المعتمر وفي ابن بشير منا بعد فرتبعث فيستحب
من كان في الاحرام متنزا فان كان الحشيش من قبل كان ذلك اخف وان كان الموضع بعيدا الا انه
خارج مكة وتسامح فيه وان كان غير مروع بذلك فالتيسير الا ان يكون الموضع قريبا والايلاج
يسيرا قاله اللخمي وانما يجزي بالصبي والمجنون ولا يجزي بالمغمى عليه لان ابن عباس
عمار من يزول ويكره ان يبتدر بغيره لذلك بيرا وهو مفرد ان يبتدأ في الحمار وليتيسر الصبا والمجنون
المصير ما يرتب في الحمار وانما اوجب في المدونة الدم على من نسي الطواف جملة ولم يوجب
على الذي كمله على غيره وضوء لان الذي كمله على غير وضوء اتى بصورة الطواف فاثبت الصورة ته
حكما ابن ترى ان ابن فلاح اذا صلى بالناس وهو جنب ان صلاة القوم مجزئة وكان يؤمر
بان عادة وكذلك ان صلى بهم الجمعة اجزأتهم واعاد هو فاثبت للصورة ابن فلاح
حكما ومراعاة للخلاف اذ ابو حنيفة لا يشترط الطهارة في ركعتي الطواف قاله ابو
عمران وانما قال في المدونة اذا نسي شوطا من طواف العمرة انه يرجع اليه من بلده
وان نسي ركعتي الطواف وقد امكن النساء فليركعهما ببلده ويهدي لان من نسي شيئا
من الطواف فلم يفعل ما هو من صلب العبادة فكانه لم يات بتلك العبادة اصلا فيجب عليه
الرجوع اليها والذي نسي الركعتين لم يترك ما هو من صلب العبادة وانما نسي ما هو
شرط فيها والشرط اضعف من الركن وانما كان المحصور بعدو يحل مكانه والمحصور
بمرض لا يحله من احرامه الا البيت وان تطاول ذلك سنين لان الواجب على من احرم بحج
او عمرة اتمام ما دخل فيه لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله الا ان يحال بينه وبين
الوصول منه الى البيت وهو خوف العدو فيحل مكانه كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم
عام الحديبية بخلاف المريض فقوله فانه يقدر معه الوصول الى البيت وقد قال الله تعالى
ثم محلها الى البيت العتيق فبين محل الشرائع من الاحرام وغيره من شعائر الحج والخروج
منها بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة فكان ذلك فيما وقفنا الا المحصار
بالعدو قاله ابن يونس وايضا فمقتضى الدليل ان كل من شرع في حج او عمرة لزمه كمالها
فجاء ما جاء في المحصور بعدو وبقي ما سواه على الاصل وانما يحل من احصر بعدو ولا

يفارق فيه غيره هو على الفور لأن المحبوس فيحصر حصرا ما لم يعد معه وقد
تقدم شرطه في وجوب الحج وهو سلوك الطريق لأن الطريق مسلوكة وأيضا فإنهما
كان خاصا فليس في إيجاب القضاء معه مشقة شديدة وإذا كان عاما ففي
إيجاب القضاء مشقة شديدة فلم يجب فيه القضاء وإنما قالوا فيمن
أفسد عليه صلاته إنما عليه الإعادة وهو في الشغل لأنه لا يقطع وإذا أفسد عليه
شوطا في الطواف يقطع لأن الطائف لما كان في حكم المصلي يقطع لأن الأولى
فيما لقيه ابن فارح بخلاف الساعي بين الصفا والمروة فإنه في المدونة والعتبية
وإنما قالوا فيمن وطئ بعد عرفة وقبل طواف الإفاضة ورمي جمرة العقبة
أو أخرهما في يوم النحر أو قبله يفسد حجه وإذا كان قبلهما في بعد يوم النحر
لم يفسد حجه وعليه الهدي بعد جمرة العقبة لما خرج يوم النحر صار قضاء وصار
الطواف كالقضاء لخروجه عن وقته الكامل المقدر شرعا والقضاء أضعف من
الأداء لأن الأداء مراعاة في رمضان عليه القضاء والكفارة وإذا أفطر في قضاء رمضان
فإنما عليه القضاء وإنما قال ابن القاسم يجب عليه إذا أفسد قضاء الحج المفسد
أن يقضيه ولا يجب عليه أن يقضي قضاء رمضان لأن الحج لما كانت كلفته شديدة
شدد فيه بقضاء القضاء نظرا للزوجة لئلا يتساهل فيه وأيضا القضاء في الحج
على الفور وإذا كان على الفور صار حجة القضاء كأنها حجة معينة في زمن معين
فلزم في القضاء فإذا أفسدها كحجة الإسلام وأما زمان قضاء الصوم فليس بمعين
وأيضا الحج عمل بدني إذا أفسده وعليه قضاؤه فقد لزمه الهدي وليس بذلك وإنما قالوا
فيمن أكره زوجته على الجماع وهي محرمة يحجها ويكفر عنها وإن نكحت غيره وإذا أكرهها
في رمضان فلا يكفر عنها على قول لأن الصوم إذا أفسده ليس فيه غرامة مال بخلاف
الحج لأن المؤنة في الحج يفسده بخلاف الصوم فإنه لا يجب الكفارة عليهما وإنما
قالوا في الحلال يدخل الحرم بصيد إنه يملكه وإذا أحرم الحلال بصيد زال ملكه
عنه ووجب إرساله لأن زمن الإحرام قريب بخلاف الحلال في الحرم فإنه يطول

ويقوى في ذلك الى قضيه لا سيما فيمن يقوم من اهل مكة وقد قدمنا تنبيها واورد
على المشهور ان المحل اذا احرم وبيده صيد زال ملكه بزوال والحكم يومئذ من معه بيده
من المسلمين بان افتيا بمسكها حتى تحللت بنفسها فانه لا يجب عليه ان افتيا
على المشهور وانما يجب عليه دم المتمتع والقارن المعسرين ولا يجب عليه دم
المتعة والقارن القادرين قبل الفساد او بعده لان الفوات يبيح القطع فتزيد مرة
القارن والمتمتع في العمرة والحكم خلاف الحج فسادا لانه يجب عليه التمادي في
فيقضي من تمامها كما مر وبالزائد وجب ترتيب اثرها وهو المشي كما في التصحيح
وانما كان فاسدا له الجزع اذا يعد كالميتة للحلال والحرام والشاة المغصوبة
اذا ذبحها الغاصب لا تكون كالميتة بل للمتعدي في الضمان عن الفعل والذبح بشرطه
بخلاف الغاصب لانه لما فعل الشارع الزجر عن فعله كان جعله ميتة على من
ما دام مواقعا لذلك اذ لو لم يجعل ميتة لتسرع الناس الى افساد الصيد وفعله
ويتعدد جزاء صيده احرام لان كلا منهم معتبر كذلك المغصوبة فانها مضمونة
لذاتها وكذا لحمها معتبر وانما يأكل المحرم من سائر الهدايا ويطعم منها الغني والفقير
الا جزاء الصيد ونسك الاذى ونذر المساكين بعد محله لان جزاء الصيد قيمة متلف
وفدية الاذى بدل عن الترفه وايضا لما كان في فدية الاذى وجزاء الصيد مخيرا بين الصيام
والطعام ابتداء ثم اشترى جاز كله لانه بدل الطعام فكما لا ياكل من الطعام لا ياكل من
بدله وانما يجزيه ما نحر غيره عنه من الهدايا مقلدا وان لم ياذن له ولا الاضحية بخلاف
ذلك لان الهدي اذا قلد لا يرجع ملكا ولا ميراثا والاضحية تباع ويجزئ عنها وانما كان
في حرم مكة والحرم شأن في حرم الحل الغنيمة لان حرم مكة يالف الناس فيشرد فيه
حتى لا تشرع ايدي الناس اليه وانما يجزيه ذبح الهدي قبل الفجر ولا يجزيه الا في الضحية
الا بعد ان الامام في العيد لما كان يحل بالناس توقف الذبح على ذبحه بخلاف
الحج لانه لا صلاة عيد عليهم وانما استحب في المدونة للقارن والمتمتع اذا ايسر
بالهدي بعد ان صام يوما او يومين ان يهدي ولا يصوم ولم يستحب لمن كان عليه الهدي

في الصلاة بغيرها خلل فيها بالنية فصحت من الحمل لو احرم نافلة بان تنفل الذي
الامر لزم ابطال ما فعل من صلاته بخلاف الصوم فانه يصح له اجر اليوم من التنفل فيه
وانما قال ابن القاسم اذا مات المتمتع بعد جمرة العقبة فالهدي من رأس ماله
والمال لا تجب عليه الزكاة وقد عين ذلك لم يجب ولم يفرط في اخراجها انه
ان اوصى بها كانت من رأس ماله وان لم يوص بها لم تكن في ثلث ولا رأس مال الا ان
يشاء الورثة ذلك لان الهدي وقد لزم ولو انه لم يجب اذ من شأنه ان يقلد ويشعر ويساق
من الحل الى الحرم ولنشرة ذلك مما يفعل من الابدان ترى انهم لا يختلفون في اخراج الزكاة
من الزرع الذي يموت صاحبه وقد بدا صلاحه وان لم يوص باخراج الزكاة للعلم
بان صاحبه لم يؤد زكاته واشبه بدو اخراج زكاة الفطر النافذ على الورثة واجبا
وان لم يوص الميت باخراجها اذا مات عند وجوبها ولم يفرط قاله في البيان وانما
قالوا الروم منع صبيان في مركب لم يقرب لا ابن واحدة وبرمى بعدها سنة واذا حلف
ليضربن عبده مائة سوط انه اذا جمعها وضربه بها ضربة مرة واحدة انه لا يبر ولا
على واحدة بان الجمعة في الاثبات التي يلزم بالضرب لا يحصل اذا جمع الاسواط وضربه
بها وهو مرة واحدة قاله ابن يونس وانما قالوا اذا نتجت الشاة او البقرة او الناقة
ومن يجب حمل ولدها معها الى مكة ويذبح او ينحر معها واذا ولدت الضحية
فيستحسن ان يذبح ولدها معها من غير ايجاب لان الضحية لا تتعين الا بشيئين والهدي
يتعين بالتقليد او الاشعار ولان الهدي كبعض اجزائه ووقع فيه من العقد ما لم يقع في
الضحية وانما لا يصوم الثلاثة ايام في الحج والسبعة اذا رجع من حجه مستلفا وهو
غني ببلده ويصومها اذا لم يجد مسلفا وكان غنيا ببلده ولنا يوخر الهدي ليهدي ببلده
والمال ليس عنده فيها وماله غائب عنه لا يصوم لان كفارة اليمين له سعة
في تاخيرها فلذلك لم يجزه الصوم والاخر مخاطب بثلاثة ايام يرفعها في الحج
ان سعة له في تاخيرها فجاز له الصوم لهذا قاله عبد الحق وانما لم يوجبوا
الفدية على من كرر فيما له على كفارة واوجبوا عليه الكفارة اذا حلف ان لا

يلبس ثوبا وجعله على كتفيه او على منكبيه لان المحرم انما منع من الترفه والا يفعل
بالمخيط ولم يحصل له ذلك بطرح قميصه على كتفيه وانما لهما ان لا يلبس ثوبا
فانه حنث لو جعله على كتفيه لان الحنث يقع بادنى شيء ولان ذلك لباس لغة
وانما قالوا في المحرم اذا لم يجد النعلين انه يلبس الخفين بشرط قطعهما ولا يلبس الخفين
ويقطعهما اسفل من الكعبين ولو بيع الماء بغبن فاحش لم يلزمه وانتقل الى التراب فرق
المحرم مختار للبس الخفين ولو شاء مشى حافيا والمتيمم مضطر غير مختار وكان الغرض
وانما اوجبوا الفدية على المحرم اذا انقلب في نومه على جراد او ذباب او غيرهما
ولم يوجبوا عليه فيما جرى في نومه على وجهه من قمل او غيرها ثم انتبه فنزع عنه
شيئا لان المحرم اذا انقلب اذا او ذبابا في نومه كان ذلك اتلافا للنفس واتلاف
النفس يستوي عمده وخطؤه لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وقوله ومن قتله
منكم متعمدا خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له قاله ابو عمران وانما لم يوجبوا
الجزاء والارسال على من احرم وفي بيته صيد واوجبوه على من احرم ومعه صيد في
قفص لان القفص هو حامل له ومشتغل به فهو كالذي بيده وما كان في البيت فليس هو
في يده وهو منفصل عنه غير مصاحب له قاله ابن يونس وانما جعل الله التحكيم
في جزاء الصيد وفي النشوز اثنين دون سائر الاحكام لان الحاكم لما كان لا يحكم بعلمه
للتهمة جعلت عليه البينة شاهدان واما الحاكم في جزاء الصيد والنشوز انما يحكم
بعلمه فاضيف اليه ثان ليكون بمنزلة البينة في سائر الاحكام لتنتفي التهمة قاله ابن
العربي وايضا التحكيم في جزاء الصيد والنشوز نادر وسائر الاحكام تكثر فلو جعل
فيهما حاكمان لتوقف احدهما على الاخر وادى الى تعطيل العمل وبقاء الحرج والفساد
وانما كان وقت الجمار طويلا من شيء دون شيء ووقت الافاضة طويلا لان
الاحرام يمنع القاء التفث والصيد والطيب والنساء وسائر الترفهات ثم ان رمى
جمرة العقبة ثاب المحرم فيه الى القاء التفث ونحو ذلك ولم يبح ان يكون منوطا
الى بعض دون بعض فجاز له ذلك بالجماعة وقد صح في بابه وبقي الاحرام على

بقايه

فأبيح فيما عداه ذلك وهو الممنوع من النساء، والصيد والطيب حتى يأتي الطواف وإنما
لا يوكل من هدي التطوع إذا عطب قبل محله ويوكل من الهدي الواجب مع أن الجميع هدي لأن
هدي التطوع يتهم أن يكون فعل ذلك لياكل منه وإذا عطب الواجب قبل محله وهو لا يتهم في تعديه

فرق في كتاب الصيد والذبائح والضحايا

وإنما قال ابن حبيب يؤكل ما وقع في مهواة إذا طعن في جنب أو كتف وقال في الإبل تند والغنم
إذا ندت لا تؤكل بالعقر والجامع أن كلا منهما لا يتوصل إلى ذكاته في محلها لأن ما وقع في
مهواة تلفه محقق فأكله بالذكاة مبانة للأمر إن خلاه ما تقرر في الإبل والغنم [illegible] وأيضا
التوحش الطارئ لا يساوي الأصلي. تنبيه قال ابن عبد السلام في هذا الفرق نظر لأن
البعير الناد أقرب شبها بالوحش من الشاة فلم ورد له ابن عرفة بأن العلة العجز لا التوحش
وإنما قالوا في الصيد يعقر ويجعل الوصول إلى ذكاته بغير مشقة أنه لا يؤكل بالعقر على
المعروف وإذا أرسل كلبا ثم ثانيا فقتله الثاني بعد إمساك الأول أنه يؤكل لأن بعد
إمساك الأول موضوع وإنما قال في المدونة إذا أرسل على جماعة ولم ير غيرها منها ونوى
ما كان وراءها مما غيبها فهو عليهما مرسل وليأكل ما أخذ من سواها ومن شك هل عليه
جنابة فاغتسل ونوى إن كانت عليه جنابة فهذا الغسل لها ثم تيقن بالجنابة بعد
الغسل فإنه لا يجزئه على المشهور لأن الشرط في مسألة الصيد الجزم والنية مع الإرسال
محصول لا تردد فيه في الحالة الراهنة والشرط في مسألة الطهارة الجزم والنية فتردد فيها
فلا يلزم من إباحته في مسألة الصيد إباحته في مسألة الطهارة وإنما يعمل الظن
على كثيره في الصلاة على المشهور ولا يعمل على كثيره في استباحة الصيد إذا كثر الحرام لمعلم التغاير
على المشهور لأن الظن في الصلاة تعلق بغير حكم الشرع وفي الصيد تعلق بسببه لا بعينه
والظن في الأحكام الشرعية كالقطع وفي أسبابها بخلافه وقد مر في فروق كتاب الصلاة وإنما
نأكل ما ذكاه الكتابي مما يستحله ولم يثبت التحريم بشرعنا ولا نأكل ما ذبحه مما يستحله ما
ثبت تحريمه بشرعنا وإن ذلك لأن ما حرمه الله عليهم لم يعتبروا به الأكل فأشبه القتل
فأما لم يحرمه الله عليهم وإنما حرموه على أنفسهم جهلا وحمقا وأسد أكلها لطهارته فإنهم إنما

في صفة النعامة ولم تخرج عن صفتها في غاية الطول واشبه شيء بالابل في
النحر فحملت البقرة والنعامة لا لبن لها قاله ابن رشد تنبيه لم يتعرض الا
شيئا قال ابو بكر الطرطوشي منزلة الغزو وغيره لا مدخل في الغزو بين النعامة والابل حتى
يشبه الغراب وانما اوجبوا على الزوج ان يخرج زكاة الفطر عن زوجته على المشهور
خلافا لابن اشرس ولا يضحي عنها على المشهور خلافا لابن يونس لان زكاة الفطر
من حق بدليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادوا زكاة الفطر عمن تمونون
وايضا الضحية قربان وهو لا يتوجه عليه التقرب عن زوجته اذ لا يتقرب فيه واحد عن
واحد وايضا زكاة الفطر متعلقة بالبدن ولها شبه بالنفقة وانما لا تجزئ الضحية
ليلا اذا كان الذبح نهارا ومن فعل اجزأ ليلا اذا كان الرمي نهارا مع تناول النص
لا يام فيها في ذكر يوم له وقت يختص به فتعين الفضاء بليل بخلاف الذبح فانه واجد
فلا ضرورة لليل وايضا المطلوب من الاضحية اظهار الشعائر لذلك شرعت في الابل ف
بخلاف الرمي وانما قال اشهب فيمن ذبح اضحية غيره غلطا انها تجزئه واذا كان
عن غيره غلطا لم يجزه ولا مالك لان الضحايا قد وجبت بتعليقها فلم تثبت
لذابحها فيها شبهة انتقال الملك اليه لغلطه ولا تجزئ عن صاحبها ايضا لان الذابح
انما اراد بها نفسه ولم يرد صاحبها ولا وكله ايضا عليها والضحايا قبل ذبحها
يصح انتقال الملك فيها فثبتت لصاحبها شبهة الملك بغلطه واجزاته عن صاحبه
ويغرم لصاحبها قيمتها ولم تجز عن صاحبها بالتعدي وانما لم يجز الا عور في الضحايا
ويجزئ في الرقاب الواجبة والجميع قربان لان العتق المقصود منه المنافع وتلك المنافع
المقصودة والمنافع لا تنقص بنقص العين الواحدة بل قد قيل يرجع نور الذاهبة الى الباقية
وللعتق اجعل في غير الا عور الرقبة كاملة ولا كذلك الضحية لان المقصود منها الجمال
واللحم وقد ذهب بذهاب تلك العين وموضعها مقصود في اللحم وانما قال ابن القاسم
فيمن ذبح اضحية غيره غلطا لا تجزئ الذابح ولا مالك وفيمن قدم هدي غيره بغير تقليد له
فيه انه له ولا يجزئ الذابح لان الهدي قد تعين بالتقليد وانه شعار فوجب ان يجزئ

صاحبه مثل قوله نصيبه وابنه ضيعة لا تجب الا بالتزويج فلم يجز ان يجمعهما يمين فاجتمعا
لأنه يحتاج ان يقصد بها القربة بخلاف الصوم ويدل على عدم وجوبها انه لو نساه بعد
شرائها ان يبدلها بغيرها كان ذلك له ولا يجوز له ان يبدل الهدي بغيره بعد التقليد
وانما كان لا يدخل في الهدايا الابل والبقر وفي الضحايا الا الغنم مع ان كل واحد منهما قربة
لان القصد في الهدايا كثرة اللحم وفي الضحايا طيبه وانما منعت الشركة في الاضحية
بالملك وجازت في هدي التطوع لان الاضحية آكد من تطوع الهدي وان قيل بعدم وجوبها
ويراعوا الخلاف ايضا قاله ابن عرفة

فروق كتاب الايمان

وانما كانت اليمين بالله محمولة على الكفارة حتى ينوي التكرار واليمين بالطلاق على
التكرار حتى ينوي التأكيد لان كل طلقة لها حكم تختص به لان الواحدة لا توجب التحريم في
المدخول بها والاثنين توجبانه في غير المدخول بها وتنقص ملك الزوج لها وتبقيه لانها تبقى معه على واحدة
والثلاث توجب التحريم الا بعد زوج فلم تتداخل واحدة للاخرى اذ المعنى الذي اختصت
به كل طلقة واليمين بالله موجبها واحد لا يختلف فكان تكرارها محمولا على ذلك اذ موجبه
ابدا ان يراد تحليله وايضا الطلاق ورد فيه من التغليظ ما لم يرد في اليمين بالله فجاز ان يلحقه
التغليظ في هذا الموضع دون اليمين بالله تعالى وايضا فان الطلاق من جنس ما فيه قابلية
للتعدد بخلاف في الله فانه شيء واحد يستحيل التعدد عليه فوجب اتحاد الكفارة الا
ان يقصد تعددها وانما قال ابن القاسم اذا حلف ان لا يأكل سمنا فأكل سويقا ملتوتا
بسمن حنث واذا حلف ان لا يأكل خلا فأكل مرقا فيه خل لم يحنث وفي كلا الموضعين عين
المحلوف قد استهلك لان الخل لا تطلب عينه وانما يطلب لاصلاح شيء اخر وهو مرقة فلم يحنث
به لانه اكل مرقة لا خلا والسمن تطلب عينه وانما انضاف الى غيره وذلك لا ينقله عن
اسمه الا ترى انه يقال سويق ملتوت بسمن ولا يقال ذلك في الخل وانما قال ابن القاسم
اذا حلف بعتق عبده فباعه عليه السلطان في دين ثم عاد اليه بغير ميراث تعود
عليه اليمين وان عاد اليه بميراث لم تعد عليه اليمين لان المفلس تلحقه التهمة والكفنة

أن يكون الكفارة ليحصل العتق فيها لأنه عادت اليمين عليه إذا اشتراه ولذلك كذلك
إذا عاد إليه بالميراث إذ لا تهمة فلم تعد اليمين عليه بذلك. تنبيه قال ابن
يونس فإذا رده الغرماء عتقه فبيع لهم ثم اشتراه فلم يختلف مالك وأصحابه أنه
لا شيء عليه وقال اللخمي لا أرى عليه شيئا إذا عاد إليه بعد أن تداولته الأملاك
أو كان الحالف والمشتري من أهل الدين والفضل أو أحدهما ولا تعود اليمين مع تهمة البيع
وإنما تعود إذا لم يكن بيع وإنما أن يكونا جعلاه ذريعة والتهمة البيع وإذا كان البائع
والمشتري متهمان على ذلك ولم تداوله الأملاك فحق أن تعود اليمين وأما ما قال ابن
القاسم وأشهب إذا بيع العبد المحلوف بحريته ثم اشتراه ففعل ما حلف أن لا يفعله
أنه حانث وإذا قال لزوجته إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا أو
بعضه أن اليمين لا تعود عليه لأن الحالف في زوجته بملك وذلك الملك فإذا كمل
فقد ذهب ذلك الملك الذي حلف به وانحلت عنه اليمين كما لو حنث فإذا تزوجها
بعد زوج فإنه مالك لها ملكا ثانيا ليس فيه يمين والعبد إنما خرج عن ذلك ربه ببيع وهو
غير ما حلف به ولو خرج عن ملك ربه بالحرية التي حلف بها لم تعد عليه فيه يمين مثل
أن يحنث بالعبد فيعتقه السلطان ويبيعه لغرمائه ثم يشتريه بعد ذلك أو يحلف
بعتق عبده النصراني أن لا أفعل كذا فيعتقه ثم يهرب إلى بلد الحرب ناقضا للعهد فيسبى
ثانية فيشتريه الحالف فإنه لا يعود عليه فيه يمين لأنه كان أوقع ما حلف به بمنزلة
بيعه كملا والزوجة وأيضا فإنه إذا باع العبد ثم اشتراه اتهم أن يكون أراد في
بيعه ليزيل يمينه ثم يرد عليه وكان العبد باقيا في ملكه ولا يتهم أحد أن يطلق زوجته
ثلاثا ثم يتزوجها بعد زوج ليتحلل من يمينه فلذلك افترقا قاله ابن يونس وإنما
قال ابن الماجشون إذا حلف ليصومن سنة لا يلزمه أن يصل السنة فيصلها بل يجزيه
سنة متى شاء عجلها أو أخرها وإذا حلف لا كلمه سنة لزمه وصل السنة فيصلها
لأن الأول كانت يمينه على إثبات فعل فإذا أثبت ذلك الفعل بسبب تم بكونه في
تعجيله حنث والثاني كانت يمينه على نفي فعل وإن لزمه ذلك الفعل حين يمينه

بموت المحلوف عليه قبل انقضاء ذلك الأجل لا يحنث وإنما قالوا إذا حلف
ليطأن امرأته فوجدها حائضا فوطئها أنه يبر ولكنها حائضا وإذا حلف ليتزوجن
فتزوج تزويجا فاسدا أنه لا يبر مع أنه في المسئلتين جميعا حلف على تحصيل فعل
ولا فرق بين الحيض شرعا فيهما وأيضا فلابن زرقون كأنه بيمينه على وطء امرأة
معينة وقد علم بما حاضت فإن أحدهما يجوز وطئها عليهما وأن ذلك لا يجوز فلما أجمل
يمينه دل على أنه أراد وطئها على أي حالة كانت بخلاف الثانية فإن حلفه إنما
كان على تزويجه امرأة غير معينة فحمل يمينه على النكاح العرفي وهو النكاح
الصحيح فلا يبر بالفاسد وإنما لم يجزه عتق فكمل الذي في الكفارة ويجزيه
الذي عوضا من العتق الواجب تعلق بفعل العتيق فلا تؤثر في الكسب شيئا وأيضا
بخلاف ذلك وإنما فارق الحرونية فيمن كفر عن الظهار بعتق أو غيره أنه يجزيه كان
بإذنه أو بغير إذنه وأن الذي يعتق كفرا لزمه ذلك بعد أن يعتق وإذا لزمه الشيء
فلا يلزم الرجوع وإذا أعتق ولاء للغير في العتق الحكم عن نفسه لا رجوع له عن
نفسه وإنما فارق الحرونية فيمن حلف أن لا يأكل سمنا فأكل سويقا فيه لت
بسمن حنث وقال في البراءة إذا كان مستهلكا بالطعام لا تقع به حرمة مع أن الجميع
مستهلك لأن الحنث يقع بأقل الأشياء والتحريم في الرضاع لا يقع إلا بما يحصل
به الغذاء لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنبت اللحم وأنشز العظم وهذا لم
يحصل الغذاء به إذ كان مستهلكا وأيضا إذا لم يكن اللبن مستهلكا وكان غالبا فإن
الحرمة تقع به وإنما فارق الحرونية إذا حلف ليتركن بيته إلى أبيه عند انقضاء
قبل عند الأجل عليه ولو شرطت لكان حانثا للنهي الإيجاب إلا أن وفي شيء اشتمل
أن يحمل ما حلف عليه ولم يكن ذلك فيهما وفي السرقة لو مكنه السارق فيها عند
الجاري ومكنه وفعل ما حلف عليه بكونها عند السارق وأخذه لا يعذر به إذ من أهل
الفقهاء من الحانث ليفعل لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا أن ينوي ذلك كما قال
في الحالين إلا بالفرار وغيره إلا بعجزه فعل منه أو أفلت فإنه يحنث الذي ينوي

ذلك قاله عبد الحق

فصل من كتاب النذور

وإنما قال مالك فيمن نذر أن يصوم بسبيل الرباط لزمه أن يأتيه ومن نذر أن
يصلي فيه لم يكن عليه شيء لأن حماية الثغور وحراستها تجتمع مع الصوم ولا
تمنعه ولا تجتمع مع الصلاة. وإنما قال مالك يلزم المشي إلى بيت الله ولا
يلزم ذلك في المدينة وبيت المقدس مع أن الكل مواضع يتقرب بإتيانها إلى
الله تعالى لأن المشي إلى بيت الله كان عبادة ويلزم والصلاة عبادة في المدينة وبيت
المقدس الصلاة في مسجديهما فقط فلم يلزم نذر المشي لأنه لا عبادة فيه إلا
أنه إذا نوى الصلاة في مسجديهما لزمه ذلك ولو نوى أن يأتي المسجد من
غير صلاة لم يلزمه لأن العبادة إنما هي الصلاة فقط وفيه نظر. وإنما قالوا في
ناذر المشي إلى مكة إذا ركب المناسك والإفاضة يعود كما لو ركب الكثير وإذا
ركب يوما في غير المناسك لم يعد لأن المقصود الأعظم من المشي إنما هو المناسك
قاله ابن محرز وأيضا سعيهما وإن قل فأما كلها محبوس فلهما أياما في جل القرب ألا
ترى أن أهل هذه القرى يقيمون في غير قراهم وإن كانت المسافة قريبة لأنهم محبوسون
في جل القرب قاله أبو إسحاق وأيضا ركوبه يوم التروية ويوم عرفة وأيام الرمي
وفي الإفاضة ينزل منزلة الكثير وأيضا ركوبه وقع في مواضع أعمال الحج فهو
أشد من ركوبه في الكثير اليوم واليومين فلذلك وجب عليه الرجوع قاله ابن
يونس وإنما قالوا فيمن قال علي المشي إلى المسجد الحرام أنه يلزم وإذا قال علي المشي
إلى الحرم فلا يلزمه لأن مسجده ينتهي عنده ولا يلزم الحرم فمسجده إذ ذاك لا عبادة
فيه فلا يجب عليه وإنما يتعلق بالمسجد الحرام وغلبه أي ما ينتهي إليه ولا يدخله إلا
بإحرام والإحرام عبادة فيجب عليه أن يأتيه قاله أبو عمران وإنما وجب عليه
الهدي إذا قال أنا أنحر فلانا الحر ولا شيء عليه إذا قال أنا أنحر عبدي فلانا لأن الحر
قد جرت فيه سنة فيما شاء على ما جاء في إبراهيم وولده عليهما السلام ولم يكن عليه في

عبده

عتق رقبة بغير شيء لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن
آدم قاله القاضي ابو الوليد وانما فارق في المدونة من قال ان فعلت كذا وكذا فعلي هدي ان
نوى شيئا مخصوصا نواه والا فعليه بدنة ومن قال لله علي هدي ان الشاة تجزئه لان الاول
اوجب على نفسه البدنة في يمين واليمين المقصود منها التغليظ ولا كذلك الثاني فانه نذر
والمقصود به انما هو التقرب فخفف عنه وانما قيل فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطع فعليه
يصوم شهرين لانها عوض من الرقبة في الكفارة وقتل النفس ولم يوجب عليه صيام ثلاثة
ايام مع انها عوض من الرقبة في كفارة اليمين بالله لان الرقبة في اليمين بالله لا تتعين
لانه على التخيير بخلاف الظهار وقتل النفس اذ لا بد منها فلا بد من عوضها وانما قال انه
اذا سمى شيئا من ماله صدقة او هديا انه يخرج جميعه ولو كان كل ماله وان قال مالي كله صدقة
او هديا لم يخرج جميعه ويجزئه الثلث لان الذي عين لم يبق لنفسه شيئا ولو ثياب كفنه
ونفقة يعلمه بخلاف ميراث لم يعلم به والذي قال مالي كله لم يبق لنفسه شيئا وقد حلف ثياب
كفنه ونفقة يعلمه من ماله فكان ذلك من الحرج فوجب قصره على الثلث كحديث ابي لبابة
ولولا ذلك لسقط الجميع كما اذا عظم في الكلام فانه لا شيء عليه قاله عبد الحق

فروق كتاب الجهاد

وانما لا يجوز السفر الى ارض الحرب بالنساء ويجوز للرجال مع ان الاسر لا بد منه على كل
واحد منهما لان معرة اسر النساء اعظم من معرة الرجال لان اسر النساء فيه ابتذال استفراش
والوطء واسر الرجال ليس فيه ذلك الا الاستخدام وقد يتحيل الرجل على التخلص بالهروب وغيره
ولا كذلك المرأة قاله ابو الحسن في كتاب المكاتب وانما قال فيمن اهل الحرب البلد افتتحت عنوة
واشترطوا ثم مضوا الى بلد آخر من بلاد المسلمين فيها عنوة واشترطوا انه لا يؤخذ منهم مرة اخرى
والذمي اذا خرج من قطر الى قطر فبلغ واشترطوا انه يؤخذ منه مرة اخرى لان اهل الحرب
قد حصل لهم الامان قبل دخولهم في ارض الاسلام بجميع بلاد المسلمين كبلد واحد وان اهل
الذمة فانما يؤخذ منهم لانتقالهم من اقليم الى اقليم غير اقليمهم فلما تكرر نقلهم تكرر الاخذ
قاله عبد الحق وانما سقطت الجزية عن الذمي بالاسلام ولم يسقط الخراج عن العنوي

بالاستيلاء والجامع ان كلا من الجزية والفدو وجبت عقوبة على الكفر لان الغنيمة
الفدو انما عقوبة مستوفات وصارت هنا بمنزلة الجزية المعجلة المستوفات بسلم بعد
استيفائها وايضا الجزية وجبت بشرط الصغار وبالاسلام يسقط شرط الصغار والحكم
يسقط شرط الحكم كما يسقط بسقوطه عليه قاله ابن العربي تنبيه ان قيل ان
ينبغي ان تكون الجزية عقوبة لان الجهاد كما هو وكيف تكون العقوبة بدلا عن الجهاد عقوبة
قلنا كما يكون الدين بدلا وهو كما هو بدلا من الكفر وهو معصية ويشكل اشارة الاضافة
والا فيقال ان كل واحد منهما بدل عن صاحبه وانما تبع الولد الوالد في الفدو في الجزية
وتبع الوالدة في الفدو والجزية لان الاب ذكر انما تقوم بالنصرة ومن بلاد عمال النفوس
والفدو متابعة واستيلاء ومن مال النساء انسب قاله في الذخيرة وايضا في النسبة الى
الاب صون الدم وقطع الشهوة عنها ولا كذلك العكس ولما خلق منها احب اليها باعتبار
الانسانية قال ابن العربي سمعت اصحاب الحنفية بمدينة السلام يقولون انما تبع الولد الام في
المالية وصار بحكمها في الفدو والحرية لانه انفصل عن الاب نطفة لا قيمة له ولا مالية
فيه وانما اكتسب ما اكتسب منها وبها فلذلك تبعها كما لو اكل الرجل ثمرة في ارض
رجل فسقطت منه نواة في الارض من يد الآكل فصارت نخلة فانها لصاحب الارض
اجماعا وانما جاز شراء ولد الحربي لنا من ابيه وان تقدم منه جواز رهنه وبيعه يحمل
رهنه به مع انه الكافر وكبيرا وانه يكره للسيد ان يفرق بينهما ان بيع ولد المرهون في البراء
لان الحربي حاكم على ولده في بلده فجاز لنا بيعه فهما رهنه والعبد يكون لا حكم له على
ولده البالغ في بلد الحرب فاذا رهنه عند سيده رهنا ومن صغار من عبيد ان يشترفه
او يأذن له في ذلك قاله اصبغ وروى الآخرون ثم لم يرجع لعوائه لم يجز لسيده ان يبيعه
اذا لم يرض بذلك ولا يعلم فرق بين ما اذا خرج فيه نفسه للمغرم بخلاف الكبير وانما قال
سحنون اذا قال له ان من قتل قتيلا فله سلبه وجاء رجل بسلب قتيل وقال انا قتلت
صاحبه انه لا يأخذه الا ببينة على قتله ولم يختلف في ذلك قوله واختلف قوله
اذا جاء براس علج وقال قتلت صاحبه هل يقبل بغير بينة ام لا لان الراس علامة لا يكون

بير

بعد من قتله في بلاد السلب وإنما قالوا إذا أجيز الأجير الغانم للمستأجر أن
يسقط من الأجرة بقدر ما غاب عن العمل ولا يكون له أخذ حظه من الغنيمة وقالوا في
النزاع يستأجر على رعاية غنم بعينها غير معينة أن الأجرة للغنم الثانية لمن استأجره
أو لا بد من عمله الجمادة قبلها بالمخروقة التي استؤجر عليها ولا كذلك الرعاية الثانية
فيما نستفيد هنا أشبه بعمله حوالي فيما يحسن قال ابن يونس أخذ إذا غنمه المسلمون وقد كان (ربه)
غنيمة المشركين ومن وجدوه عند المقاسم فإنه لا يحسن ويكون أحق به قبل بلا ثمن وفي
ثبت إذا رأى يشتريه ملك نعير فهو كذا أعلم أنه لمسلم أخذه مع غيره معيب فإنه يقسم وإنما
اختلفوا فيمن وقع في ماله في المقاسم ثم بيع من أن أخذ ثمنه فيه أخذه بالأول ثمن شاء أو
بعينه أخذه بالثمن الأول أو الترك ولم يختلفوا في الشفيع أن له أخذه بأي الأثمان
شاء فرأى ذلك في الغنيمة إذا وقع من آخر شبيه بالثمن الأول وقد نظم لمن حمته أحلك لله (عز)
من العوض الغنيمة وأما هنا ملكه سقط حق من المنازع في ملك فمسألة الشفعة فإنه
إذا سلم البيع الأول صار شريكا وكل شريك باع حظه في الربع فلشريكه عليه الشفعة
فلذلك افترقا وإنما قال ابن القاسم إذا وقع العبد في المقاسم فإذا سلمه ربه لمن
صار إليه وعجز الثلث عن حمله لا خيار للورثة في افتداء ذلك الجزء بقيمة الثمن أو
إسلامه وإذا جنى المدبر وأسلمه سيده للمجني عليه وفات السيد وعجز الثلث عن
حمله فإن الورثة يخيرون في الجزء الرقيق بين إسلامه للمجني عليه رقا وبين افتدائه بما
يقع عليه من الجناية فيكون لهم رقا لأن المشتري في الغنيمة إنما اشترى رقبة فالسيد لما
أسلمه فقد أسلم له ما اشتراه وهو الرقبة فلا رجوع للورثة فيما قد أسلمه الميت وفي
الجناية إنما أسلم له الخدمة فإذا صار إليه من الحق الرقبة فهي شيء آخر غير الذي أسلمه
فيخيرون في ذلك له كما يخيرون في ذلك الجزء الرقيق في العتق بعضه تنبيه لا يخفى عليك
ما في هذا الفرق من النظر لأنه مبني على أن السيد أسلم في مسألة المغانم رقبة العبد
وأن الواجب أنه إنما أسلم ما كان قادرا على إسلامه وهو الخدمة فإذا أسلمها استوت
المسألتان في نفي السؤال والله تعالى أعلم وأيضا الجناية فعلها والسيد لم يشترها

وعليه فلا ينبغي على أن يؤمر بخروج عن ملك المشتري قاله بعض الناس ولا بأس به وإنما قالوا
فيمن صارت إليه جارية من المغنم يمنع من وطئها حتى تحيض فالحكمان على وفق عليهم المسئلة
عند ابن بشير وقالوا فيمن اشترى شقصا له شفيع وأراد أن يعرف فيه حرمة أن له ذلك وقيل
لا حتى يعلم الشفيع لأن حرمة الفروج آكد وإنما يظهر الخلاف التصرف في الربع تنبيه من هذا
الفرع والذي قبله تستثنى إذا أنهينا الحكم على الجارية كما زعم ابن بشير وأما إن عمينا كما في المدونة
وابن الحاجب فلا يحسن هذا الفرق أصله وإنما قالوا فيمن غاص في دار الحرب على مال مسلم
أو ذمي أنه لا يأخذه ربه إلا بالثمن إن بيعا فإن اختلفوا في أخذه قبل القسم هل يأخذه
ربه مجانا أم لا يأخذه إلا بما يدفع لأن الغاصب لا ملك له ولا شبهة والحربي له الملك أو
أو شبهته بالعداوة فيه كالمشتري من الغاصب وإنما يقع أخذ الجزية من الكفار على أن يبقوا
على كفرهم ولم يقع أخذ شيء من الفاسقين على أن يبقوا على الزنا أو يتمادوا عليه لأن مفسدة
الكفر أشد من مفسدة الزنا وإنما قال ابن القاسم إذا دخلت امرأة من أهل الحرب إلينا
بأمان ثم أسلمت فولاؤها للمسلمين فإن سبي أبوها بعد ذلك جر ولاءها ومن أعتقه وقال
إذا أعتق المسلم النصراني ثم لحق بدار الحرب ناقضا للعهد ثم سبي فأعتقه من صار إليه فإنه
يكون ولاؤه للذي أعتقه آخرا ويشغل عن الأول وفي كلا الموضعين فرق ثبت الولاء لأن الرق
(أنه) الأول ثبتت للمسلمين لعدم من يستحقه من جهة القرابة فلما وجد أب انتقل إليه والنصراني
لما سبي بعد عتقه بطل عتقه الذي كان من المسلم أولا وصار كأنه عبد لم يعتق قط
فإذا أعتقه الثاني كان الولاء له وإنما قالوا إذا أسلمت أم ولد الذمي ثم أسلم بحرمتها
كان له ميراثها فلم يحكم ببيعها أو عتقها على الخلاف ويعود إليه الولاء وإذا أسلمت
جارية الذمي فوطئها بعد إسلامها فحملت ثم أسلم كانت كالتي قبل إسلامها وفيه
يعود إليه الولاء وكلتاهما أم ولد الذمي لأن التي أولدها قبل إسلامها في الكفر قد
ثبتت لها حرية الاستيلاد في حالة يثبت له عليها الولاء فهذا يرجع إليه إذا أسلم
والتي بعد ذلك إذا أولدها بعد الإسلام لأن الاستيلاد حصل فيها في حال لا يصح أن
يثبت له عليها ولاء وإنما قال ابن القاسم في المسلم الأصلي إذا أقام بدار الحرب أن ماله

لا يجزيه حدوا ان عمي بل فاتته فيهما وفات فيمن اسلم بدار الحرب واقام بها وغنم المسلمون
ماله بعد ذلك فان من اسلم كان ماله فيئا قبل اسلامه بخلاف مال المسلم قاله ابن الحاج
وعاملة اشبههما بحال كل واحد منهما

فروق كتاب النكاح

وانما كانت الولاية في النكاح للعصبة دون ولاية الاخ ومن يدلي بجهة الام لان
الولاية شرعت لحفظ النسب فلا تكون الا لمن له نسب ويدخل فيه حتى فصل المصلحة وهي
اللزوم على نحو فطنته ادنى مصلحة بحسب الولي فلذلك يكون ابلغ اجتهادا واتم في تحصيل
الكفاءة ودفع العار عن النسب وانما كان الاخوة في النكاح وميراث الولاء وصلاة
الجنازة اولى من الجد وكانوا معه على السواء في الميراث لان الجد في باب الميراث يقول
انا ابو ابيه والاخ يدلي بالبنوة ومن المعلوم ان البنوة مقدمة على الابوة عن جملة
الميراث بدليل وكان مقتضى هذا جاريا في الابواب الاربعة ولكنه افترق الميراث من الابواب
الثلاثة بان الجد يسقط الاخوة للام ولا يسقط الاخوة الا الاشقاء ولا للاب وان
كان الجد مع الابن بخلاف الاخوة فلما عارض هذا بين الجد والاخوة بالنسب
سواء فالاخوة من باب ميراث النسب لانه الذي حصل فيه التعارض وهذا التعارض
منتف في الابواب الثلاثة بسبب ان الاخوة للام لا مدخل لهم في باب النكاح ولا
ميراث الولاء ولا صلاة الجنازة حتى يقول الجد لهم انتم محجوبون عني مع ان
الجد عنهم ومعهم فبقي حجبهم بالبنوة وتقديمها على الابوة سالمة عن المعارض فلذلك
سوى في الابواب الثلاثة بخلاف ميراث النسب وانما قالوا فيمن اذنت لوليين فعقدا
على شخصين ودخل الثاني منهما ولم يعلم انه مسبوق بالعقد على المشهور لقضاء عمر رضي
الله عنه من غير مخالف ثم معاوية للحسن على ابنه يزيد وكان طلبه على نكاحها
ولو ثلاث نسوة بزوجه كل واحد منهما امراة ودخل بالثانية غير عالم بانها الثانية
فانه يفسخ نكاحهما ويصح نكاح الاولى مع ان الدخول فيهما بالثانية والامر وكالة المراة
على نكاحهما مرور لا مشاع انكاحهما بعضها بخلاف الرجل قاله بعض البغداديين

تنبيه اعترض الشيخ ابو محمد عبد الحميد بن ابي الدنيا بانه لو صح ذلك لزم ان يجري
مثله في السلعة اذا وكل على بيعها ثم تولى هو بيعها بان المشهور امضاء البيع الثاني
اذا قبض مشتريه قلت وبان الضرورة ترتفع بتوكيل واحد فما ابيح للضرورة
يقدر بقدرها وفرق ابن عرفة رحمه الله بان الحكم بانه احق في النكاح لاجل البناء
انما هو لاجل العصمة ولذا لم يكن سببا للنزع من قبله في وكالة المرأة حكم له به ولما كان
قبله في وكالة الزوج لم يحكم له به اه وفرق القرافي بوجوه عشرة احسنها قال انه
منها ومعارض المانع من العصمة في الخامسة هو عقد الرابعة مع ما تقرر من العقود والمانع في
الوليين عقد واحد مع اخص فساد او اقل موانع ففات بالدخول الخ ذلك بخلاف الخامسة
وايضا الاولياء الغالب عليهم الكثرة دون الوكلاء فعقد الوليين مع كثرتهم ووقوعه بالفعل
ببطلان العقد الثاني بعد الدخول يؤدي الى كثرة الفساد والخامسة نادرة فلا فساد فيها
الثاني عن الجهل والكشف قليل وايضا الزوج كالمشتري والزوجة كصاحب الصداق
الذي هو الثمن والمرأة كالبائع لانها صاحبة السلعة والسلع مقاصد والاثمان وسائل
والثمن اخفض مرتبة من المقاصد فلذلك لم يبطل عقد الرابعة لانها ابطال المقصد وابطال
العقد الاول للزوج ابطال لصاحبه وسيلة والتعارض انما وقع بين الزوجين المعقود لهما
مقاصدها وسيلة وبين الرابعة والخامسة بين جانبي مقصد واجتمع في الرابعة كونه
مقصدا وموافقة الاوضاع الشرعية فامتنع ابطاله لقوته بخلاف الزوج الثاني ولو
وايضا ولوع الرجال بالنساء وشغفهم بهن اكثر منه بهن والعادة شاهدة بذلك فنجد الرجل ل
يهم البناء لون والمرأة تصبر الى غير ذلك من الدلائل على مزيد الميل ولم يوجد ذلك في النساء
لضعف طبعهن وغلبة الحياء عليهن واذا كان شغف الرجال اعظم ضعف الثقة بهم في مسألة
الوليين لانه قد يظهر الزوج الثاني الى حصول الشغف بالدخول والخامسة انما يتوقع
فيها ذلك بنسبة ضعيفة فكان الفساد اقل وايضا عقد الوكالة ضعيف لانه جاء من الطرفين
وبين المكلف بنفسه فيكون ضعيفا كالتبرع الواجب المتأصل بخلاف الاولياء وانما
قالوا اذا دخل بها الثاني في عدة وفاة الاول ولم يعلم انها تفوت بدخوله حملا على المعروف

ولا يفسخ خلافا للتونسي لانه ناكح في عدة وقال لو ان المعقود اذا وقع العقد على زوجته
في العدة والدخول بعد انقضاء العدة انه يفسخ النكاح لانه متزوج في عدة بعد
الحكم بالعدة للمعقود اكثر لتقدم عقد نكاحه واختصاصه بالزوجة دون فعل ذلك
قاله ابن عرفة رحمه الله وانما كان الزوج الثاني احق بها اذا دخل بها قبل علمه
بالاول في النكاح ولا يكون المشتري الثاني احق بالسلعة وان قبضها عند المغيرة
بحرمة الاطلاع على الفروج وانتشار الحرمة في النكاحات عظيمة بخلاف البياعات
قاله المازري فتنبيه قال الابي قال ابو عبد الله المازري رحمه الله في كتاب
الوكالة من شرح التلقين المشهور من المذهب والمنصوص في المدونة ان الثاني اولى
لترجيح جانبه بالقبض وكون هذه السلعة لو هلكت في يده وقبضها بعد عقدها وضمنه
لكان ضمانها منه والضمان شبهة وترجيح يوجب ان يقوى به ذلك الاكثر وينتفي ما في ا
التعليل يقتضي ان من وكل على كراء دار فعقد الوكيل كراءها وعقدها الموكل وقد علم
الاول من العقدين ولا كان الذي عقد متاخرا سكن الدار فانه لا يكون احق بها بل حل منزلة القبض
لكون ما ياتي من المنافع التي يطلب المكتري الاول اخذها لم تخلق ولم تقبض حق المسالة
ان تكون له وان اولى اذا لم يقبض الثاني وايضا فان مثل المنافع من الدار فاذا كان ذلك في
السلعة المقبوضة من كون الضمان من قابضها من يوم قبضها لا سيما ان كان مثل هذا السؤال وانا
حاضر بمجلس الشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله فافتى بكون الساكن اولى وان تاخر عقده وذا
سكناه شبهة علوا يقتضيه المشهور من المذهب عندي وذكر ان بعض اصحابه خالفه في هذا
بدخل فاذا كان ذلك من ضمن الضمان والمنافع بخلاف الاعيان التي تتصل بالقبض مع كون القبض
لما يستقبل من المنافع غير كامل الخ وذكر ان الشيخ ابا القاسم السيوري رحمه الله
ورد جوابه بموافقة ما ذهب اليه كما ذكر لانه المذهب ورد ان سكنى الثاني ترجيحا وفي
وقبض يوجب ترجيح جانبه كما يترجح بقبض الاعيان وانما جاز للوكيل على البيع ان
يبيع من نفسه ولا يجوز للوكيل على النكاح ان يتزوج من نفسه الا بالتعيين لان النكاح
اشد في النفس بخلاف البيع ولو ادى ابن عرفة اشارة اللخمي الى تخريج وكيل على

ف وكيل البيع وإنما لا يقضى بالعزل في النكاح وما قام عليه على المشهور خلافا للخمي
وسحنون ويقضى به في الأقوال على المشهور لأن خبر العدالة تنزل منزلته منزلة شاهد
واحد والشاهد الواحد لا يقضى به في غير الأقوال وقيل تنزل منزلة شاهدين فيقضى به
ع في كل الحقوق وهذا الذي للباجي وسحنون وإنما وقع التحجير على النساء في الأبضاع
ولم يقع عليهن في الأموال لأن الأبضاع أشد حكما إذ أعظم ضررا وأشد سببا لأن بعوض إلى
الكمال أو العقل لينظر في مصالحها وابن قوال وحكمهما بالنسبة إليها وأيضا
فإن شهوة الجماع مشهورة قوية تغلب على المرأة فيسارع حتى توقعه في أشياء الرذيلة
ومن لا يشعر لقوله عليه الصلاة والسلام حبك الشيء يعمي ويصم فاحتيج للولي
في الدفع لذلك وبقيت الأموال على الأصل في الاكتفاء بما ينظرها إن كانت رشيدة
وأيضا المفسدة في الأبضاع بزواج غير الأكفاء يتعدى ضررها للأولياء والمفسدة
في المال يقتصر ضررها عليها ولا يتعدى لغيرها فلذلك افترقا والله أعلم وإنما
لا يجوز نكاح الابن بعد وجود المجبر في الحرة وإن أجازه ويجوز في الأمة إن أجازه
السيد في غير المشهور لأن الغالب في الحرة مصلحة كل أحد لها وأنه كفؤها فلم يبق
إلا إجماع عقد النكاح بها وذلك من حق السيد فإذا رضيه لزم النكاح وقضى وإنما
لم يلزم نكاح السفيه ويلزم كالاعنة لأن النكاح يجب به الصداق والنفقة وهما مال
ولا كذلك الطلاق فالأمر فيهما مختلف وإنما قال في الكتب إذا زوج الابن ابنه الصغير
أن ليس له قال إن الصداق على الأب وإذا زوج السيد عبده أن الصداق على العبد لا على
السيد مع أن كل واحد منهما مجبور لأن الجبر في العبد من حق السيد وفي الصغير والسفيه
من حقهما فلا تعمر ذمتهما بما ليس لهما في المال وإنما أوجبوا الرجوع للتحميل
في الصداق على المحمول عنه ولم يوجبوه للحامل لأن الحمالة ضمان والضامن مسلف في
المعنى للمطلوب كالطالب فهو عوض على غرمها بطلبه المسلف ولا كذلك الحمل فإنه
عطية وصلة لا رجوع فيها ولا يطلب عليها عوض من أبر غير السلام وإنما قال
أشهب إذا أمر الأب لابنته من زوجها الصداق في مرضه وقال إنها وصية للبنت

وإذا أقرّ في مرضه أنه قبض مهر ابنته ولم يدخل بها زوجها ثم مات الأب إن فرّط
فلا يؤخذ من ماله فإذا كانت الأولى وصية للبنت وعطية لها فلتكن هذه مثلها
والجامع خروجه من ماله لابنته في المسألتين لأن مسألة الصداق ابتداء الصداق ابتداء
أي مرضيهما على المعروف وكلام ابن رشد بيّنهما أن الأب لو لم يقبض حتى تزوج هذا التزوج
البنت فالمنفعة للابنة ولم يبد ابن رشد على ذلك في مسألة اعترافه بقبضه
والأب له عموم التصرف في مال ابنته والوكيل المفوض إليه مقدم في دعوى القبض من
غير بينة ولو ادعى القباض فأحرى الأب قاله ابن عبد السلام وإنما كان الثمن في البيع
يتقرر بالعقد والصداق في النكاح لا يتقرر بالعقد على المشهور لأن الصداق في النكاح
شرط في الإباحة والشرط إنما يعتبر ثبوته عند ثبوت المشروط وأيضا ليس الغرض
من الصداق المعاوضة بأن الغرض منه التحمل والمعروف ولو كانت المعاوضة فيه مقصودة لا
لما جاز ذلك للجهل بالمرأة وبذاته لمن يتعين فإذا وقع للإباحة جعل أداؤه يتقرر
إلا عند الدخول أو الموت. تنبيه: لقائل أن يقول مقتضى أنه للإباحة فمن أين يلزم
أن الإباحة لا تثبت إلا بالدخول بل بنفس العقد حصلت وكونه لا يطأ في الحال لنفسه
لا أنه لم يتسلمها كذا ولكنها كما هي إذا دخل بها فأرخى الستر ولم يقع بها
فالإباحة محققة بعقد عدم الوطء وكذلك هي بعد العقد وعلى هذا يمكن أن يقول من
قال إن الصداق عوض إن الشرط أي الإباحة على السواء أن يجب بالعقد من حيث إن العقد
سبب والأصل ترتب المسببات على أسبابها وإنما لم يشرع الخيار في النكاح ابتداء
وشرع في البيع لأن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حال العقد والنكاح يقع
بعد الفحص والتأمل في العقود اللزوم لأنه يقصد به بذل الحرزات وذوات الأعيان
بعد التعقل والتروي ولذلك أوجب الشرع تقديم الصداق قبل الدخول حسما للكسر
الرد قاله في الذخيرة وأيضا البيع مبني على المكايسة فشرع الخيار فيه لئلا يدخل
الغبن فيه على أحد المتبايعين والنكاح مبني على الوصلة فلم يحتج فيه للخيار وإنما
انعقد نكاح المسرور بعده ولم ينعقد كلا قد ولا عتقه لأن عقد النكاح والبيع سبب

ليلا باحة والمبيت من اثلمها والكلام واللعب سبب للتحريم والتبسم من اثلمها قال
عمر رضي الله عنه تكتب للقبر حسناته ولا تكتب سيئاته وايضا الكلام وحد
من الحدود ولا اجر على القبر واذا اشترط الكلام والعيد والنكاح جرى مجرى الحنا وقال
المالية فالمزاحم ولعبه لا يقال لا نسلم ان الكلام من العوائد في المدونة وليس من
من الحدود لا ما نقول قد قال فيله في اللاع لا تقام الحدود الا على من احتلم والكلام
من حدود الله وليعافي ويبقى من الشباب كلام على البعض وقد قال تعالى تلك حدود
الله ومن جملة ما تعود عليه ابن شاران الكلام واما ما قال في الكتب في الفتيان بشروح
يعني اذا شبرا ان للمشترا وورثته بسمه فلو قلنا عمه او وهبه فقال ان يعلم فليس للمشتري
ولا للموهوب له بسمه لان الميراث ينقل الملك الى الورثة بغير اختيار من الموروث
فصار اليهم جميع ما كان يملك من العين وحقوقها والبيع وحقوقها والبيع والهبة
انما ينقلان الملك بقصد المالك واختياره فلا يثبت للمشتري والموهوب من ذلك الا
القدر الذي كان وقت العقد البيع او الهبة دون ما سواه من الحقوق المتعلقة بها
ولذا لو حلف بطلاق امراته لغريمه ليقضينه حقه الى ان يشاء ان يؤخره فمات الغريم
ان لورثته من التاخير ما كان له ولو اشترى من هذا الدين المحلوف عليه لم يملك باشترائه
تاخير الغريم كما انه يملك اخذ الشفعة اذا اشترى الشقص المستشفع به بعد ان ثبتت
الشفعة به قبلا فيما له ان يحكم وكذا لك ينبغي ان يكون الموهوب له في هذا الوجه
كلها لانه انما يملك ما قد ملك الواهب فاما الورثة فانهم يقومون مقام الموروث
في هذه الوجوه كلها وفي امثالها ويرثون عن الميت كل مشيئة تتعلق بحق بعينها اليهم انه
فاما مشيئة ليس فيها تعلق بالموروث ويشغل اليهم ملكه فانهم لا يرثونه مثل الذي يقول
امراتي طالق ان دخلت الدار او لا يفعل كذا الا ان يشاء فلان فيموت فلان فان الورثة مقامه
ان يرثون المشيئة تبعا لذلك الحق قد قال القرافي في الذخيرة والقول بعد الوارث
يرث المال دون العقل واخذها من البدنية وان كان النفسانية فلذلك لا يرث اللعان
ولا مشيئة ابن بلال ولا ما فوض اليه المتبايعان او المعلوم المشيئة والاختيار ويرث

الشفعة

الشفعة وخيار البيع والرد بالعيب ونحو ذلك لأنه تابع للمال وكل ما هو فيه المال وتابع
له يورث وما لا فلا واستثنى أهل العلم حد القذف والقصاص لما يدخل فيهما على
الوارث من الضرر والعار وبعضهم نظر فجعل الشبه بالعقوبة والإقرار وقال
ابن العربي في القبس خيار الشفعة موروث عندنا وبه قال الشافعي وقال أبو
حنيفة لا يورث قال الإمام أبو علي غاية الحنفي الخيار عندهم متروك وإنما
يورث بقول الله تعالى ما ترك وكيف يصح أن يكون متروكا بعد الموت وهو صفة من
صفاته وصفاته تبطل بموته من خيار وعلم كذا وقدرة وغيرة إلخ
قال لنا مجد الإسلام الشاشي هذا من مزج الشرعيات بالعقليات والشريعة لم
تبن على هذا بل إن هذا الكلام كلمة القياس وراجعة إلى قول الله تعالى وأن تعفوا الذي
إنها إنما هي ثابتة بالتبايع لا بقول أحد من البشر ولا بفعله ولا بصفته فهي
تنقل بنقل الله لها من شخص إلى شخص وفي ابن شعبان لا يورث خيار الغير ولا شفعة
للمدونة ولابن يونس وحكى الشيخ بشهور الأول وعليه العمل والمعول ومذهب
المدونة وإنما قالوا يجوز للولي أن يكتم ما يوجب الرد من عيوب وليته ولا يجوز له
في البيع أن يكتم ما يكره المبتاع في البيع لأن النكاح مكارمة والبيع مكايسة وإنما
وجب الرجوع للزوج بالصداق على من يكتم العلم من أولياء المرأة إذا أخذ بعيب
بعد الدخول ولم يوجبوا الرجوع على السمسار بالثمن إذا علم بالعيب ودلس به وإنما
يضمنه البائع مع أن المرأة هنا هي كالبائع لأن المرأة تقبض الصداق شرعا وقد
تنزوجه لها في تركه والبائع قد يبيع ساعة ولا يدفع إلى السمسار شرعا والله أعلم
فالذي في التحفة وإنما وجب الرد بالبياعات في كل عيب ولم يجب في النكاح إلا بالعيوب
الأربعة لأن مبنى النكاح خلاف مبنى البياعات ويدل على ذلك أن الإجماع واقع
على أن شراء السلعة من غير رؤية لا يجوز والإجماع على جواز النكاح من غير رؤية
ولا صفة وهذا الإجماع ممن يقتضي افتراق البابين وأيضا قاسوا العيوب الأربعة
لأنها تمنع من الوطء واستدامته ولا من استكمال اللذة فلم يشبه العيوب الأربعة

وأيضا فهذه العيوب الأربعة لا تخفى غالبا وينبغي للمتكلم أن يسأل عنها فلما لم
يسأل فرط في أن يستعلم وأيضا أوجبوا الخيار للزوجة فيما يجري من العيوب
ولم يوجبوا الخيار فيما يجري فيما بين الزوجين لأن الزوجة لا تقدر على رفع العقد فلو لم
يجعل لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها وما كذلك الزوج فإنه قادر
على رفع العقد بالطلاق لأنه بيده فلذلك لم يكن له خيار قاله ابن بشير في شرح الجلاب
وإنما سقط الصداق عمن زوج بنته وبرزوجته قبل البناء لتجذمه أو جنونه ابتداء فلا
ولعسره بالمهر لا يسقط نصفه لأن المطلع عليه بأن عسار يتهم على إخفائه قاله فلم
يتحقق كون الطلاق من قبلها بخلاف العيوب وإنما قال فإن ذلك إذا علمت المرأة بعيب
زوجها المرجو ما به بعلاج لها القيام وإذا اشترى عبدا بعيب فمشكوك زواله لا
رد له بعد زواله لأن عيب الزوج أشد لعظم ما عن مرافقه وقيام العبد قادر على
بيعه فتنبيه فعلى هذه منه الفرق فقول اللخمي الأشبه نفي قيامها بعيب
مشكوك فيه كمن اشترى عبدا أنه فيه كذا أو سارق وإنما لا تجب الدية لامرأة
المجنون إن أجل قبل البناء للعلاج وتجب لامرأة المعسر بالمهر قبل البناء لأن امرأة
المجنون منعت نفسها لسبب لا يقدر على دفعه وفي المهر يتهم على كتمه قاله كما تقدم
وإنما أوجبوا الرد بالعيوب الأربعة وإن لم يشترط السلامة ولم يوجبوه بغيرها
إلا مع اشتراط السلامة لأن الأثر الوارد عن عمر وعلي رضي الله عنهما إنما ورد
فيها ولم يرد في غيرها وفيه نظر وأيضا العيوب الأربعة تشمئز منها النفوس
وتنفر كمال الاستمتاع بخلاف غيرها لا يقال يلزم عليه الرتق بالفرج لأنا
نقول يمكن ستره بالخمار والنقاب حتى لا توجد له رائحة وأيضا العيوب
الأربعة تسري إلى الولد بخلاف غيرها وأيضا الجنون والجذام أمرهما شديد لا
يستطاع الصبر عليهما والبرص عيب الفرج مما يخفى بخلاف غيرها من العيوب فالغالب
عليهما أنهما لا تخفى على الزوج فقصر في أن لا يستطلع ولأن له أن يشترط السلامة فلزمه
ذلك لتفريطه وفيه نظر وإنما كان للمرأة المعترض إذا طلقت عليه بعيب

(الاعتراض

ابن عمها فزوجته ولم يزد على ابن عرفة زيادة وليس ذلك للمرأة المجبورة
بل ان عتقها او غيرها يشرف زواله والجبر ثابت لا يتغير ولا يزول وانما قال في
الكتاب اذا تزوجت الامة بغير اذن سيدها فلما بلغ ذلك سيدها اجاز النكاح
لم يجز واذا باعت نفسها فاجاز سيدها البيع جاز لان الولاية في النكاح حق الله
تعالى في جنب المرأة فاذا تزوجت بغير اذن وليها فاجاز سيدها نكاحها لم يجز ولم
يصح النكاح باجازته لانه لا يملك ابطال حق الولاية بدليل انه لو وكلها ان
تزوج نفسها لم يجز واذا باعت نفسها فانما وقف البيع لاجل حقه فاذا اجاز
بيعها جاز بدليل انه لو وكلها على بيع نفسها لجاز ذلك وهذا هو الفرق بين
تزويج العبد والامة وذلك ان الولاية في جنب الزوج ليست من حقوق الله تعالى
بخلاف الزوجة قاله ابن محرز رحمه الله وانما لا يجوز نكاح المحرم ويجوز شراؤه
للجواري وان كان مرتفعة لا يراد الا الوطء خلافا للخمي فيمن لا تراد منهن الا للوطء
وان الاستمتاع لازم للعقد ووقوع الوطء في الزوجة اغلب منه فيها وهو نكتة الكلب
والطلب نكتة ابن عتابة وايضا النكاح خاص بالوطء والى هذا اشار في الجلاب
بقوله ولا ينكح احد من يحل له وطؤها ويجوز ان يملك من لا يحل له وطؤها قاله ابن
عرفة تنبيه قال القرافي كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع ويبطل ان
وقع كنكاح المحرم وبيع ام الولد وتعزير من لا يفيد التعزير زجرا بخلاف الحدود ولعان
من لا يولد له ونكاح الرجل امته ونكاح ذات المحرم وشراء الحر وان جاز على ان يعتق
المحرمة وعقد البيع مع الجهالة لان مقصوده تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين
وذلك غير متحقق قاله بعض الشيوخ وقياس هذا الاصل امتناع نكاح المعتكف
بعلى انه نكاح الدليل وانما اختلفوا في تحريم المعتدة من طلاق رجعي على نكاحها في
عدتها وقالوا في نصرانية اسلمت تحت نصراني تزوجت في عدتها منه ان اسلم زوجها
لم نذكر الحرمة في عدتها والا كانت الردية مثلا زوجها كشيء دوام عصمته دون
كلام وقيل يجوز نكاحها نكاح ذات زوج بخلاف المطلقة طلاقا رجعيا فانه نكح

ومقتضى الرد أن زوج قاله ابن عرفة وإنما لم يفسخ نكاح الأمة بعد وجدان
الطول وفسخ نكاح الكتابية بعد السبي واسلام الزوج مع انا ان قلنا ان الدوام
كالانشاء فلا تلازم من انها في واجد الطول وان لزوج عدم مراعاة الرقية والكتابية
في منافاة ان الكفر اشد من منافاة الرق للاثر فان الرق يحصل زواله بلا شبهة وتارة
بشبهة ومطلقا عند بعض العلماء. تنبيه اعترض عبد الحميد الصائغ منع العبد
بانه راجع الى مراعاة الخلاف في الأمة دون الكتابية والخلاف موجود في الجميع
فليبتدر مراعاته في احدهما بأولى من الاخرى واليه قال الشيخ ابو القاسم بن محرز وقد
يقال اجتمع في الرقية الكتابية خصلتان الكفر والرق فلذا اجعل الدوام فيهما كالانشاء
بخلاف الرقية بعد الطول وايضا لا يلزم من مراعاة الخلاف في الرقية مراعاة نحو
في الكتابية لقوة الخلاف في الاول وضعفه في الثانية ومن اجلنا ان تراعى
الخلاف ابن قافوده لبلله والله سبحانه كذا وإنما قال في المدونة فيمن
او لوامة ثم استحقت ورضي المستحق بأخذ القيمة ان المستحق من يده يجبر على دفع القيمة
في قولي مالك وإذا ارضى او لياء القتيل عبدا عدوا انه يقبول الدية لم يجبر القاتل على
دفعها والجامع ان اخذ القيمة في الأول بدلا منها واخذ الدية هناك بدلا منه من القتل والرق
اضعف من القتل وقد تقرر ان كل ما ثبت للاضعف يثبت للأقوى فيلزم من جبره على القيمة
جبره على الدية اخرى وايضا ابن جماع على ان حفظ النفوس واجب بقدر الامكان
ودفع الدية مكلف لان الهوى الجناية له لانه يقول اردت تكفير نفسي او غنائي ورثتي
والعوض المستحقة لغيرها ويعود الولد والذي يلابنها وإنما جاز عقد البيع والاستحلال
الوكر بعد الفراغة وابن شنبراء ومنع عقد النكاح والاستحلال بعد العدة لان
النكاح المقصود الاعظم منه الوطء خاصة والبيع يكون للعدة والاستمرار ونحوهما
وقد يجوز شراء من لا يتوطأ اصلا ولا يجوز ذلك في النكاح وإنما منع النكاح في
المرض المخوف ولا يمنع استلحاق الولد فيه لان استلحاق الولد ليس بايد خال وإنما هو اخبار
عن وارث فيتفرع عن المرض لزمه الارث في قراره وعمومها ان ثبتت له زوجة تزوجها في الصحة

فلأنه يلزمه وثمّ ولا يكون في ذلك إدخال وارث بخلاف النكاح في المرض فإنه إدخال
حقيقة قاله ابن يونس قلت فيه ما يلزم على قوله إنه اختيار عن وارث متقدم أنه إذا
قال عبدي فلان أعتقته في الصحة أن يقبل إقراره لأنه أخبار بما تقدم له في الصحة والمتقدم
المنع والصحيح في العزو أن ابن نساب الأشبه فيهما بخلاف غيرهما فتأمله وليس قالوا نكر فيه
النكاح من عروضه وإنما الذي منع من هذه أن يقال في المرض كنت تزوجت في الصحة فلانة وثانية
فلانة ووليها ويوافقانه على ذلك ومن يدل له شهادة ابن رشد فإنه يلزم على قول كلام
ابن يونس أن يصح ذلك النكاح والمنقول أنه لا يصح وإنما لم يمنعوا المريض من الوطء
وإن كان ربما أدى إلى زيادة وارث ومنعوه من إنشاء النكاح لأن النكاح مراد لحصول الوارث
حقيقة بخلاف الوطء فإنه قد يكون عنه الولد وقد لا يكون فوجب أن لا يمنع حقا واجبا متفقا
به من غير محقق هل يكون أو لا يكون والله أعلم قاله ابن يونس قلت فيه ما يلزم على كلامه ماذا
العرف أن يجوز نكاح المريض بعد إلا أنه أمر واجب ومونته من رأس غير متيقن فلا يترك أمر محقق
ومن حياته ونكاحه لأمر موهوم وهو موته ابن أن يقال الفرق بينهما قوة السبب وضعفه
ابن ترى أن الشرع حجر على المريض التبرع في الزائد على ثلثه ومنعه الوصية للوارث
وغير ذلك ولو اعتبر كلما أدى استصحاب لا يجنا نكاح الأمة دون شرط وهو خلاف المعروف
وإنما يعتبر الغالب إلا أنه ينكسر بعدم منع المريض من الوطء فإن وجود الولد عن الوطء
غالب ويؤيد قول ذلك بعد قال ابن عرفة أنت كالذي كنت قاله وهمنا في ذلك
الكلام عليه حملت أن لم تحمل من بعد الحكم مما منا وفي نكاح ابن وهب تمكينه وفي وطء
المريض لم يرد له فلا نطول وإنما أجازوا وطء المريض ولم يجيزوا وطء المحرم ابن عرفة
المحرم مع أن الولد في كل منهما غير متحقق قد يكون وقد لا يكون لأن وطء المحرم فيه
المحرم في الحال بلا علة الولد التي موقفة وإنما بكلتا العلة حالية محققة
بخلاف وطء المريض فليس العلة فيه إلا الولد وهو موهوم فافترقا وإنما صح نكاح
المريض بصحته على ما رجع إليه مالك ولم يصح نكاح المحرم بإحلاله من إحرامه وكذا من
نكح وقت نداء الجمعة لأن المنع في ابن حبيب ليس ابن حزام والوقت لا بد من بناء عقده بخلاف
نكاح المريض فإنه إنما حرم لعلة في غيره وهو إدخال الوارث فإذا ارتفعت العلة ارتفع

معلوميتها وايضا فالقول في المريض اذا اذن له ورثته في الشراء في النكاح انه لا يجوز
نكاحه ويفسخ ويطلق. بعد ذلك ففي بقاء الحجر واحتمال الزيادة فيهم قبل موت المريض
وغير ذلك واجازوا اذن لهم في غير التوصية والوصية للوارث مع قيام هذا الاحتمال
لان التوصية اوسع باب العطايا والعطية لا يفسدها الغرر ولا الجهل وباب النكاح
معاوضة يفسده الغرر الفاحش والجهل وايضا فالقول في الكتب اذا ادعت المراة ان زوجها
عنين جلف لها ولو ادعت عليه انه كلفها ان يحلف لها مع ان دعوى العنة تسري الى
الطلاق ولا سبيل في تسريه الى الطلاق بنفسه وانما تكمن دعواها عليه العنة وكذا نفيها
ايلاء بالوطء وكذا نفيتها اياه بالنفقة والكسوة وغير ذلك من حقوقها وان كان عدم
ذلك يسري الى الطلاق وفي قولهم فيمن اقام شاهدا من عبده انه يحلف مع شاهده ويرد عتق
عبده ان كان اعتقه قاله ابن محرز وايضا فالقول في النصرانية تسلم ان اسلم زوجها في
العدة كان احق بها وان اشترت زوجها ثم اعتقته قبل انقضاء عدتها انه يكون احق بها لان
النصرانية جاءت فيها سنة فاقتصر بالطلاق عليها قاله الفضل ابن مسلمة وايضا فالقول ابي
القاسم وسحنون اذا اشترت المراة زوجها واعتقت من قبل فسخ نكاحه وعتقا عليه
وان اذن لا ينفسخ النكاح وان اعلق لزوجته ان لم تفعل فعلا فيفعلته فهذا التنبيه انه
يمنعه ان مسئلة الزوجة الطلاق وكان بيد الزوج فلما ان علقه على فعلها كانه جعله
بيدها وكذلك مسئلة العبد اذ لا منع له في ابن شراه ولا تسبب له فكان الطلاق
بل بيد غيره في شراه وايضا الزوج في مسئلة المراة الحالف على فعل غيره غير معذور
بان يكرهها فتبرا فتنبيهه اشهب في المسئلة لا يبرو عليه حنثا وهو اختيار بعض الشيوخ
المتاخرين لكثرة مدرك من النساء في هذا الزمن الرذيلة فما مذهب اربعا لمن يتقيف فهذا
الفقه يسر وذكرنا من نظمها في كتاب المترجم بايضاح المسالك الى قواعد ابي عبد الله
الله مالك وفي كتاب المترجم باضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من افتى بامر تتعلق
الراعي المشترك وانه ينبغي كثرة مراجعة فيها تكلم وايضا لا يرتجع المرتد اذا رجع الى
الاسلام واذا اسلم الكافر ثبت على نكاحه وفي كلا الموضعين افلام بعدكم لدار الردة

تتلافى فيهما فانه يغلظ في باب النكاح ابدا ملى الى ترى انه يفسخ على المشهور ولو لم يتلاف
الكلام الاصلي فانما يفسخ لو ابى الأب المجبر وانما اتفقوا على ان المشتري لا يضمن قيمة من فات
من ولد الامة في الشفعة قبل الحكم واختلفوا في الاجنبي قيمة من فات من ولد الامة الجارية
ولد الامة في الشفعة فلك مستند لهذا الاب الخ بخلافهما في النكاح فتبين هذا من شر
وانما اتفقوا على ان ولد الحر المغرور بالحرية حر واختلفوا في ولد العبد المغرور بالحرية
والاكثر رقه لان العبد عاجز عن غرم قيمة ولده في الجملة ولو ابطل له مروءته في الجملة
تنبيه لا يقال يتخلص هذا العبد بالحر الغريم لان توقع العتق كتوقع العتق لمن زعم ابو
اسماء التونسي لما تقول المدونة ان الغريم بينها بفعل ودين العبد عنقه ويتبع والموقوف
على القرائن الموجود من الموقوف على ذلك الا مروءة ام وانما كان للسيد ان يستخدم ولد ام
ولده في الحرية الظاهرة والبنا كثير وليس له استخدام ام ولده في الحرية البتا كمثله
لان الحق في ام الولد الواطئ هذا الا ان ولد لا تكون له فيهم حرمة لعتقوا عليه كما تعتق
ام الولد اذا بطل منها الوطء ولم تتوقف لسيدها بحل ماله من الحرمة البتا كثيرة فلذلك
الولد لم يكن فيه ابنه ذلك القدر من الحرية كما ذهب اليه ربيعة وعبد الوهاب وهو
شذوذ من القول وانما سقط مهر الزوجة اذا قتلت او منعت نفسها ولم يسقط اذا
قتلت نفسها او قتلها السيد قبل البناء لان العراء في منعها نفسها تعلق بنفس عوض المهر
وهو المتعة وفي صورة القتل انما تعلق بغيرها وهو ذات الزوجة فافترقا قاله ابن عرفة
تنبيه يستثنى من هذا الحدود والحلي يتبع ذلك فعن قول اللخمي والقياس في صورة ما لو ثبت سقوط
المهر كما لو منعت نفسها وطلبت فيه قال في كتاب السرقة لو اقر حد او
الطلاق قبل البناء فالمشهور عدها نصف المهر وفي كتاب الرضاع لو تعمدت امرأة رجل رضاع
زوجة اخيه فسخ النكاح ولا مهر لها فتغلظ العزاء في الرضاع بغير ثبوت النسبة لا رجع
العصمة فافترقا قاله ابن عرفة وانما يقع هذا ذات الشريك ولا ينتزع منه شيء واذ
يرضى منها بخلاف الشريك الاجنبي لان له شرع عضو وبينهما والمراد الامة محللة
والمحللة كما قيمة بكارة ذلك كسائر وايضا الامراة

عقوبة استباحة الزوج بلا اذن السيد والجرح استباحة بغير اذنه فوجب له ثمن
حصته قاله ابن يونس عن بعض شيوخه (تنبيه) في هذا الفرع والذي في نظر لا تعلقه
بالعرف الشائع وانما هما فيما بلا اذن السيد ولا توقف بين العبد والامة في الاول
ابن عرفة المدونة وانما قال مالك فلغو ابن رشد وكذلك الامة ان عتقت تحته فقالت اخترت
نفسي او قالت فقد اخترته وقال بعض شيوخنا لما زوجها ان تزوج عليها فامرها بيدها
فقالت ان تزوج علي فقد اخترت نفسي او اخترت زوجي ان ذلك يلزمها لان تخيير
العتق موجب شرعا فلو لزم سابق قولها على العتق بطل التخيير فيه ضرورة فهذه التخيير
اللزوم وكل ما بطل التخيير فيه بطل ما اوجبه الشرع فلو لزم سابق قولها بطل ما اوجبه
الشرع واللازم باطل فكذلك هذا واعتبار ذات الزوج قبل حصول ما لم يكن ملزوما باطل
ما اوجبه الشرع لزم فيه نقد الشراء على تقدير وقوع امر قبل وقوعه لان الشرع بعد ان
لزمه وكذلك قبله لقول الزوج امرأته كلما تزوجت كان كذا قاله ابن رشد ثم استشهد
على اخذ الشراء ابن عرفة تعلق بقوله ابن يونس لو ان غنيا قال لو افتقرت فاني آخذ الزكاة
التي اباح الله للفقراء وان افتقرت فانا آخذها ثم افتقر لم يجز عليه اخذها ولا
يلزمه فيه الشرع حكم فيهما (تنبيهان الاول) هذه المسألة هي التي يحكون عن
الشيخ ابن الحاجب سأل مالكا عن الفرق فيها بين المرأة والامة فقال له مالك اتعرف
دار قدامة لانها كانت يلعب فيها بالحمام معرضا بقلة تحصيله وترك الحاجب تكلم حتى
به يسأل الرجل عن مشكل كقوله لابن القاسم في سؤال ابنت حيث السائل تسأل عن مثل هذا وله
قال ابن رشد رحمه الله والعيان قبل ابن الحاجب في تحصيله وجلاله فرق عمران
يعرج على مثل السؤال فيه زيادة الكلام يعرف الحرة والامة افهم فرق خيار وجب بالشرع
بسببها وخيار جعله الزوج باختياره بشرطه (الثاني) قال ابن عرفة رحمه الله فيما قرر
فيه ابن رشد نظر من وجهين الاول انه يلزم لغو الطلاق المعلق على العصمة قبل حصولها
كقوله ان تزوجت فلانة فهي طالق على فراق بدار الملازمة جعل النكاح موجبا لحليتها والتزامه
تحريمها قبله هذا فدفع موجب النكاح الواجب بالشرع (الثاني) هذا فدفعه التزامها بما

الشرف لما اوجبه الشرع من خيار ردها وشرطه ان الزوج الملاحق به فى التنبيه
ابن هلال كعدم قيامها فقبله الوجوب العارض للامكان الزائد باستشهاده بقوله لو ان
عمياء فقال يزيد بان الكلام فى الشراء ما يلزم غيره فعلوا الشرع وعلقه وفيما جاء فيه
لا يلزم غيره فعلق على الرد من انه على ان سؤال الزانى جسور ليس على الرجل وللزانى سوى
بينهما مالك مرة وبعض اصحابه واعتمده وابن يونس بانه انما كذا للزوج فلا وفقته
من كلام ولا فلا وفقته من اختيار زوجها فتامله وانما قال فى الكتاب اذا تزوجت
على قلة المال فاعمياء فيها فوجدتها كذا بزوله وتأخذ مثله ان كان يوجد مثله وان
وقيمته كمن تزوجت على مهر وجدت به عيبا واذا اشترى فقال له بالعمياء فيها فوجدها خمرا اصبغ
البيع ان النكاح يثبت فيه ابن العفو ... اخصامها وان كان فى سنة وانما قال احمد بن
ما لو تبين خرج لسبعة قرب فاسرها العدو واقام فى بلده اكثر من سنة وفرشها لزوجته ان
يغيب عنها سنة ان لها الاخذ بشركتها وفى وجهت له شفعة وخرج بعد وجوبها فسالها ان
يرجع منه قبل انقضاء فلا يقطع شفعته منعه من رجوعه فان حتى انقضى فلا يقطع الشفعة
من ابى زائد على شفعته اذ احلف لان بقاء الشفيع على شفعته موجب بقاء ضرر على
المشفوع عليه وبقاء الزوج على حقه يوجبه على المرأة قاله ابن عرفة تنبيه ما قاله
ابن رشد احمد بن خالد واختياره بمسالة الشفعة ورده ابن عرفة بان تمسكه بمسالة الشفعة
ينتج عكسه عوامل به نهاد للالة على ترجيح حوالا حر من الشفيع لرده ضرر الشركة على
الماخوذ منه ومن المشترى الداخل على انه خرقته وانه هو فى مسالة الشرط لرده الضرر عنه
من الزوجة وانما ضرره منه من الزوج الداخل على انه خرقته فما شرط على نفسه
وانما قال فى الكتاب اذا افرع الزوج فى المعقود شيئا به وليناء الزوجة ثم رد خلل
فيها ثم كملوه ببقية المهر فلا شيء لهم واذا عوض الموهوب الواهب اقل من قيمة الهبة
ثم قال الواهب بعد ذلك حلف ما سكت ابن الشحار كذا الهبة وكان على حقه لان
الواهب لم يصدر منه ما يدل على الرضى لما دفع اليه وتمكين الزوجة نفسها للزوج دليل
على الرضى بها وبعضه لما قاله ابن عرفة وانما قال فى المعونة اذا دعا كذا ولم

يعلم له بزوجة خلوة مسيس وانكرته وقد كلفتهما الزمنا النفقة والسكنى من وقته ولها
الصداق من وقته ام لا فان الصداق من جهة اعترافه به في ذمته والنفقة والكسوة من توابع
العدة ولا تجب عليه الا باعترافهما فكيف تطلبه بهما وهي تكذبه وتتزوج غيره قاله
عياض في تنبيهاته قال ابن عرفة تقريره ان العدوى بين اثر اقرار بحق الله يوجب على المقر له
حقا ولا يستلزمه وبينه موجبا له ومستلزما له في الحكم الاول دون الثاني لان المقر له في
يوجب الاقرار ولا وجوده ملزوم دون لازمه والحكم بالثاني دون موافقته يوجب الاقرار
او وجود ملزوم دون لازمه والحكم عليهما بالعدة في النفقة دون موافقتهما الاقرار عليهما في
الحكم عليهما بالعدة والحكم لها بالنفقة دون الحكم عليهما بالعدة حكم بثبوت الملزوم
دون لازمه وكلاهما غير صحيح والحكم لها بالصداق مع تكذيبه لا يلزمه شيء من الامرين
والغــا قال في الكتاب في نكاح الشغار يفسخ قبل البناء وبعده واذا تزوجها بخمر او
خنزير او غرر يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل مع ان الفساد فيهما مشتبه
في ان الصداق الفاسد مع منعه من العقد غير متعلق به فاذا بطل الصداق لم يبطل العقد
في كل واحد منهما غير صاحبه وليس كذلك عقد الشغار لان كل واحد من البضعين بازاء
صاحبه وقد جعل صداقا للآخر وليس ينفرد البضع عن الصداق ولا المعقود عليه عن الصداق
شيء واحد فاذا بطل الصداق بطل العقد قاله عبد الحق وانمــا قال في الكتاب ان زوج
ابنته بمائة على ان زوجه ابن عمه ابنته لا يفسخ بعد البناء وان باع عبده بعشرة دنانير
على ان باعه ابن عمه عبده بعشرة ودنانير مسكة واجازه ان لم يشترطه كما اخرج ابن حارث
وكان بيع عبد بعبد وان لم يجز مع ان تلك التسمية وجب الغاؤهما لوجوب المقاصة
وهي المعاوضة عنهما بالمعاوضة لا يزع هي صورة وجه الشغار لكن فيه لان التسمية بالتسمية
مقاصة وبقي بضع ببضع وان لزم فساده في العبدين لشرطه اخراج الحاجب لان الفساد يشبه
الثمن المشترى في العبدين يوجب المقاصة الملزومة للمعاوضة بالعبدين احدهمــا
بالآخر دون ثمنيهما او اختلا لاجل في النكاح يوجب منع المقاصة فانتهت المعاوضة
الى المجموع بالمجموع الملزوم لتعلق المعاوضة بالحاجب تنبيهاته قال ابن عرفة صداق العبد بدل

كما مر التنبيه عليه في مسألة العبدين في العاقدين كانا فلكل العبدين او وكيلين على بعضهما
كذلك قال وان اجاز العبدين فلا يضر لكون احدهما ثمنا للآخر لوجوب الملامة والنقصان
لا يعلمان لذلك في ضمن المعاوضة متعلقة بها معا وانما جاز للعبد ان يتزوج
الصغيرة ولا يجوز له ان يزوج الصغيرة لان الصغير متى بلغ وكره النكاح قدر على حله
بالطلاق لان الطلاق بيده بخلاف الصغيرة فانها لا تقدر على حله متى كرهته لان
الطلاق ليس الى النساء، وهذا من جهة واما من جهة انه قد يعذر خصومه فيه اليتيمة فلا
يتيما وان لا يتيما انما يكون بالبلوغ قاله عبد الحق وهذا التفريق بين المكاتب
والمكاتبة في جبر السيد المكاتب على النكاح وانه لا يجبر المكاتب لان المكاتب اذا كره العقد
قدر على حله والمكاتبة يدخلها في امر لا تقدر على حله البتة فافترقا وانما قال في
المرأة اذا قالت قد وكلتك ولا ارضى ثم كلمت من حيث ان ذلك لا يجوز واذا قال السيد
قد اذنت لك ان تتزوج عبدك بغير اذنه ثم رضي جاز لان نكاح العبد فرع بينه وبين المنكوحة
وانما يقع فيه حق السيد فهو على الجواز للمثبة من اشياء كثيرة حتى يفسخه السيد فلعله بس
يرتد به الفسخ واما التي زوجت بغير امرها فالنكاح فيما لم يقع عقد بين الثاني
والمنكوحة وكان على الفساد قاله بعض القرويين فتنبهه قال عبد الحق وايضا فان
ان العبد اذا تزوج بغير اذن سيده وان كان انما هو حجر قبل علم السيد له ان يجيز النكاح
والمرأة اذا بعد علم منها لم يجز وان هذا زنته فنكاح العبد على الجواز حتى يفسخه السيد
كما بيناه والله اعلم وانما قالوا في الرجل يوكل وكيلا على ان يزوجه من امرأة فزوجه من
غيرها انه يجوز ويلزم ولا يختلف فيه وقالوا في المرأة تقول لوليها زوجني من رجل ما
يختلف في وقوعه عليها على قولين لان الرجل اذا كره النكاح قدر على حله لان الطلاق
بيده والمرأة اذا كرهت ذلك لا تقدر على حله من اجل انه امر لا تستطيع دفعه استحلت
فيه بالقلة منها عند عقده عليها وان تقدم تفويضها له على احد القولين في ذلك والله
اعلم قاله عبد الحق وانما جعل لوكيل البيع قبض الثمن ولم يجعل لوكيل النكاح قبض
الصداق لانه بتوكيل خاص لان بضع المرأة بيدها لم تسلمه وكان لها قبض صداقها

والسلعة في البيع فمن سلمهما الوكيل وكان له قبض عوضهما ولو انه وكل على بيع
سلعة ولم تسلم اليه اشهارها ودفع كالسماسرة ومن يبيع بين صاحبها كان ذلك مثل
النكاح ليس له قبض الثمن قاله غير واحد من بعض القرويين وايضا الناس لم تجر عادتهم
باحضار الفقراء وعند عقد النكاح وفي البيع سنتهم التناجز في الثمن والمثمون ولو كان بيع
السلعة بثمن مؤجل لم يكن للوكيل قبض الثمن لانه بوكالته عليه مشابهة فتستوي المسألتان
بما مثلنا للتناهي الموجود بما مثلنا والله اعلم قاله غير واحد من بعض فقهاء بلده
وايضا العادة ان الوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن فله قبضه عملا بمقتضى العادة
ولم تجر العادة بذلك في النكاح فيبقى الحكم فيه على الاصل قاله غير واحد وانما
قال الشيخ ابو بكر بن عبد الرحمان بان الغريم مردود عليه باقرار الوصي والوكيل المفوض
اليه بالقبض مع ادعاء كل منهما التلف وان بيد الوصي اذا اقر بقبض المهر وادعى
وادعى التلف انه يتبعه ان الحق للمراة فيه والمهر عوض بضعها وهي
مالكة اذ لها فيه ان يزوجها ابن برضاها وان فلا شركة له معها في بضعها فقبل
قوله فيه كسائر الديون وانما قالوا بمن يعود على زواج حرة انه بمال كثير
يخرج به الحيل الشرعي [?] لعار ان يتزوج ابن وكذا الاماء في اليتيم والنعلان [?] في ابن حرام
وقالوا في المظاهر يلزمه ان يشتري الرقبة ولو بجميع ماله ولا ينتقل الى الصوم ومثله
في كفارة اليمين بالله لان الثلاثة ابن [?] لم يدخلهما المتكلف على نفسه باختياره
بخلاف الكفارة وما ذكر معه وايضا الظهار منكر من القول فناسب ان يعاقب على
ذلك وايضا الكفارات فيه يجمع فيه على فوريتها وفي غيرها على التراخي لا فسرا [?]
ولا مشقة في تأخيرها لوجدانها دون سرف بخلاف التاخير في النكاح وفي التزام القول
ايضا فيه بخلاف غير ذلك واما به وانما قال في الكتب اذا وطئ الاب ام ولد ابنه
يغرم قيمتها ام ولد وتعتق عليه وولاؤها من ابنه وفي الجناية عليهما قيمة عبد لا ام ولد
الاب قد اشبع وتعة الولاء بخلاف الجناية فتنبيه قال ابن عرفة وهذا العبد لا يتم
من الجناية قد تكون في البعض لا في النفس وانما قالوا ان كل ربع دينار للمراة اذا انعدت

المتجعل [?] اليه

المعاد [?]

بالغرم

بالعذر ولا يترك لها شيئا اذا انفرد الولي وفي كلا الموضعين كل واحد منهما بما للأب
المرأة اذا كانت من العذراء لو لم يترك لها ربع دينار لان ذلك الى عفو البضع
عن العوض فهو باطل وليس كذلك الولي فان البضع لا يخلو عن المهر وانما قال
مالك يجوز عفو الأب عن نصف مهر ابنته البكر بعد الطلاق ولا يجوز قبل الطلاق ف
وفي كلا الموضعين عفو عن المهر لان عفو الأب لا يجوز على ابنته البكر الا اذا
كان نظرا لها واذا لم يكن نظرا لها لم يجز فقبل الطلاق ليس في عفوه عن المهر
لانه لا منفعة له لابنته في ذلك وبعد الطلاق هو نظر لانه قد ارغبه الى زواج
فيها بحسن الثناء عليهما وانما سقط المهر في العقد الفاسد اذا فسخ قبل
الدخول ولم يسقط اذا طلق قبل الفسخ لان الزوج بالفسخ مغلوب على الفراق
بخلاف الطلاق فوجب ان لا يكون لها شيء من المهر وكان الزوج اوقعه قبل دخوله
بامرأته فيفرق بينهما انه ليس لها شيء من المهر المسمى وايضا فان الله تعالى
لم ينص على وجوب نصف المهر المسمى في الفسخ فوجب ان يثبت فيه اذ الاصل براءة
الذمة فلا يثبت فيها شيء الا بدليل قاله في الاجوبة وانما قال في المدونة في
نكاح بشرط لانه انعقد بغير ولي ومرجع الى قاض يرى جوازه فلما علم ان هذا الحكم لا يفسخه
غيره لم يعتد وان الترك هاهنا واجب مرار على البعل كما بيناه فعلم وقال اذا اشترى
معيبا فباعه قبل ان يعلم بالعيب ثم رجع اليه بلا شيء كان من ميراث او هبة
او رد بعيب ان له الرد على البائع منه وان خاصم فيه قبل ان يرجع اليه فحكم القاضي عليه
بعدم الرد القاضي انه لا مقال له لان القاضي اذا حكم باجازة النكاح فلانه اذا قضى
بذلك فهي قضية مؤبدة غير معلقة بشرط ولا علة والقاضي اذا منع القائم من اخذ القيمة
بالعيب فلما فات ذلك رد البيع المعيب لا يمكنه فاذا امكنه من ذلك سقط الحكم لكونه
معلقا بشرط وعلة فاذا زال ذلك زال الحكم (تنبيهان) قال ابن حبيب ان خاصم فقضي
عليه بالرد فقال له فانه ان اشتراه لا يكن من الرد لكون القضية نفذت بسقوط حقه
في هذا وانكر الشيخ ابو محمد هذا فقال بعض من اهل المذهب وانما قال مالك من نكح بعبد

وطلاق نكاحه صحيح وهذا التوسط من الفقيه ومن نكح بشهود فطلاقه لم يصح وفسخ قبل
الدخول وثبت بعده بصداق المثل في كلا الموضعين الصداق وطلاق غير معتبر لأن الفقيه
في كتاب يقع بينهم اختلاف وتباين شديد كوقوعه في غيره منه وليس كذلك البيوع
فإن التباين فيها شديد فلذلك لم يصح الا طلاق فيها وإنما قال العلماء
لم يصح النكاح بعبد فطلاق ولا يصح بيعه البيع ولا ابن جارية وكذلك عقد وهبة
لأن عقد النكاح ليس المبتغى منه العوض فلذلك صح ابن طلاق فيه بخلاف البيع
ولذلك جاز الخيار في البيع والإجارة دون النكاح وإنما قال مالك يصح النكاح
من غير ذكر صداق ولا يصح عقد البيع الا بذكر الثمن لأن المقصود منه الثمن والمرأة مبناه على
المكارمة والمسامحة فلذلك لم يصح الا بذكر الثمن لأنه المقصود منه وإنما
قالوا إذا تزوج المرأة بخمر أو خنزير يفسخ النكاح قبل الدخول وإذا خالعها بذلك
يمضي الخلع ويرد ما أخذ وفي كلا الموضعين عقد على غير معتاد شرعا لأن العوض في النكاح
شرط والخمر والخنزير لا يصح كل واحد منهما للعوضية شرعا فيلزم من انتفاء الشرط
انتفاء المشروط ولا كذلك الطلاق إذ ليس من شرطه العوض وأيضا الخلع طلاق
والطلاق يكون وقوعه بغرر ونحوه وعقد النكاح يكون وقوعه بغرر وفرعه وإنما قال
مالك إذا أسلم النصراني وعنده زوجته فأخذ زوجها العبد في مرافعته يفسخ
النكاح فإن كان قبل البناء رجع العبد لسيده وقال في بيته يفسخ نكاحه فيعود له عبده
ويزول عيب النكاح لأنه يجوز ويبقى زوجة لأن دفع العبد عوضا من الصداق يتوقف على
رضى المرأة ولا كذلك الهبة لاستقلال النصراني فيها فناسب أن يعامل فيها بنقيض
مقصده الفاسد وإنما قال في المدونة إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق
أنت طالق ونسقها يلزمه الثلاث وإذا أسلمت المجوسية فأسلم الزوج فكأنها لا يكون
أحق بها فلم يجعل للنسق شيئا حكمه في باب الطلاق وباب الحكم وباب النكاح أوجب
إباحة والإباحة لا تكون إلا بأغلب الأشياء وذلك منا إذا أسلما معا قاله الشيخ
أبو الحسن الصغير تنبيه قال بعض حذاق المشايخ من أشياخي لأن النسق لهذا

للفرق بين المقصود من النكاح فيما عدا الصداق والمقصود من البيع دون الثمن
ينظر في الفرق بين ... البيع لأنه

سننا وكتاب الغصب في مسألة العبد وغيره يجرح مجروا له شقتناه وان مشتناه شهد
ان يكون في فتكلم واحد لا اثنين ولى النسوا لمن ازاد ان يعلم هذه من انفسهم فليبدأ يعلم من ابتداء
وانما قالوا في المرأة تتزوج بزنا ثم يطلقها عوضا فيشتهوا انها ترجع بقيمة
العوض ولا ترجع بالزنا لمن بمنزلة ما لم تزوجها به ولو اشترى سلعة بزنا ثم
اعطى فيها عوضا ثم اشتهوا انه يرجع بالزنا ثم لان النكاح قد تقدم فيه التسمية في
الغلانية ويكون في السر غير ذلك وليس البيع كذلك الا ترى لو تزوجها بثلاثين
دينارا عشرة منها نقدا وعشرة الى اجل وسكت عن العشرة الثالثة فالرواية ان
العشرة المسكوت عنها ساقطة ولو كان ذلك في البيع ما سقطت وتكون حالة
وانما بان والنكاح البيع في هذا لانه قد كان ان فيه سرا او علانية فامر في غيرها وجه
بطلان البيوع وانما قالوا اذا خالفت الزوجة في دفع العبد المذكور وفي الجناية
ان الزوج على خيار في نقضه بخلاف ما اذا باعته بجنايات سابقة يرجع عليها
بالجنايات في نقض فيمنه لان المرأة في الجناية تقول لم احسب عبدا جانيا بريئة ثم
يعني ايضا فيما يبطل البيع فانها من الخيار قال له ابن بكير عبد الرحمن وعرض على
ابي عمران ملخصا انه وايضا في البيع لا يستطيع الرجوع في النقض لانها قد عتقته
في وقت كان لها البيع جائزا وقد تلفت عليه بقي قبل نقضه فوجب له الرجوع وفي
الجناية لم تتلف عليه شيئا اشتمل فيه الا ان يعريه بالذي رشد واقترف كاشتراكه
وليس عليها واجبا ان تشتريه ابدا ان تتكلف اخراج ثمنه قال له ابو بكر وقد فيه بعضهم
هذا وهذا احسن تنبيه قال عبد الحق رحمه الله الذي الشيخ ابا بكر رحمه الله يقول
انها باعته بجنايات لا يرجع الزوج في نقض العبد وان كان قائما وفي الجناية يرجع في
نقض العبد ان كان قائما وفرق بينهما بما ذكرته والرواية في بيع العبد انها ابدلا
فتبيعه ثم يطلقها انه انما عليها نصف الثمن ما لم تحاب ولم يذكر اذا حابت وكان
قائما هل يرجع فيه واما الخلع من ذلك ويكون كمسألة الجناية لانه من باب المعاوضة
ووقعت منها فيه محاباة والعزول الذي ذكر الشيخ ايضا انما يصح له اذا كانت الجناية

ع لانه على خيار في نقضه وليس عليها بواجب ان تعريه
فتكون قد تلفت عليه شيئا اشتمل

عمدا ولو كانت خطأ ليسير يسقط فاذكر من اختلافهما فيه وانما قال في
المرأة تهب مهرها ولم يقبضه الموهوب له حتى طلقها زوجها ان الزوج يجبر
على دفع المهر للموهوب له اذا كانت موسرة يوم الطلاق ثم يرجع عليها بنصفه
واذا باع السلعة موهوب ثمنها فوجد المشتري بالسلعة عيبا واستحقت قبل ان
يرجع الى الموهوب الثمن لزمه ان يجبر الثمن ولا يلزمه ان يدفع الى الموهوب له لان حدوث
الطلاق بعد هبة الصداق من الزوج وهو الذي مكنها من التصرف فيه واذن لها في هبته
ولا يكون اضراره به الطلاق ويبطل ما سبق من اذنه وتمكينه وان استحقاق الصداق ورد على المدين
الدين الموهوب لغير من هو عليه الدين وانما وهب صاحب الدين ما يعتقد ويرى
انه يملكه فاذا استحق المبيع او وجد به عيبا بطل الدين من اصله وبطلت الهبة ببطلان
الثمن والله اعلم وانما قال محمد بن المواز اذا اصدق زوجته عبدا فتركته ثم طلقها
قبل البناء رجع عليها بنصف الجميع واذا اصدقها ماشية ثم طلقها قبل البناء لم
يرجع عليها الا بنصف ما بقيت الزكاة مع ان الجميع مهر واورد الطلاق عليه
بعد تركته به من العبد وحملها لها ولا كذلك الماشية وانما قال في كتاب السرقة
لو اقر شاهد الطلاق قبل البناء بالزور غرم نصف المهر وفي كتاب الرضاع لو
تعمدت امرأة رجل الرضاع زوجته اخيه فسخ النكاح ولا ضمن لان تعلق الغرم به
الرضاع بفسخ بثبوت النسبة لا الرجوع العصمة فابتدأنا قال له ابن عرفة وانما قال ابن
القاسم اذا زاد الزوج في مهر زوجته طوعا منه بعد العقد ثم طلقها قبل البناء
يسقط عنه نصف ما زاده كالمهر الاصلي ولو ماتت قبل الدخول بها لم يجب
لها شيء مما زاده لها وبطلت جملة لانه في الطلاق الزوج فانه العبد يحكم من نفسه
بحكم الزيادة فان سبيلها سبيل الهبة او سبيل المهر فان كان سبيلها سبيل الهبة
فللمرأة ملكها لتنقذ بجميعها وان كان سبيلها سبيل المهر فاذا طلقها رجع اليه نصفه
كالمهر الاصلي والموت لم يكن فيه الزوج ولا يدرى ما حكم الزيادة بعد احتمال ان تكون
هبة واحتمال ان تكون زيادة في المهر فلذلك قد استحقه الوارث بغير قبض بخلاف من

يريد بالمرض المتصل فلذلك أوجب لها نصف الكالئ ولم يوجب لها شيئا في الموت وجعلها
كالهبة إذا مات المعطي قبل أن تقبض قاله ابن بشير وأيضا منزلة الزيادة إنما
هي زيادة من الزوج وهي له بحكم المهر لا هبة مطلقة فإن غنمتها حكم المهر عملا بقصد الزوج
أو من حصولها في حياته وكان لها نصفها في الطلاق وإن غنمتها بعد موته حكم الهبة لحوز
الورثة قاله ابن عرفة وأيضا لهذه الزيادة شائبتان شائبة تشبه بها الصداق
من أجل أنها بعد العقد لو شاء لم يزدها من أجلها فلشبهها بالهبة وجب على
احتمال أن يكون حوزها وجب وما لم يحز إلا بعد موته سقط فإذا كان في الطلاق فعلى احتمال أن
يكون من الصداق لها نصف الزيادة وعلى احتمال أن تكون هبة يكون لها جميعها فقال
فلها النصف واجب لها على كلا الاحتمالين والآخر مشكوك فيه وملك الزوج عليها فلذلك
لم يوجب قاله الشيخ أبو الحسن الصغير عن شيخه أبي الفضل راشد عن الشيخ أبي محمد صالح
تنبيه ينبغي أن يذكر هذا الفرق عند من يحمل على تقديم أقرب وجود
ما يحمل على تقديم واحد منهما كذلك وعكسها الموقوف على أمر أقرب للوجود من
الوقوف على ذلك ابن عرفة انتهى وانظر قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة فأدخلت
عليه أختها فوطئها غلطا لها مهرها المسمى على الواطئ وقال فيمن ابتاع أمة
فوطئها ثم استحقت بحرية لا مهر لها عليه لأن مسألة الأخت دخل على أن يعطي
مهرا ومسألة لم يدخل على ذلك قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وانظر
قال ابن القاسم في الوصي إذا رضي هو ووليته بغير كفؤ ثم أبى ذلك الرجل فيمن
أراده للمرأة وأباه الوصي ليس له ذلك وإن شاء تزوجته عند غير فكاحد أن
تزوج عليها فلم تفسخها هو ثم بتلك المرأة ورضيت بها ثم طلق الداخلة
كملا فأبياها وأراد مراجعتها فليس ذلك له إلا برضاها وليس رضاها بها أوله
بلازم لها من أخرى في مسألة الوصي النكاح الأول يلزمه برضاه الأول ولم
يجعل في ذات الشرط النكاح الأول يلزمها برضاها الأول لأن العدة التي
تلزمها بإسقاط الكفارة بغير حقيقة في انكاحها منه أولا وذات الشرط الضرر

الثانية غير العذر إن قل فلم ترض به قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وإنما
قالوا في الكافر يطلق زوجته ثلاثا ثم ترافعا إلى حكم المسلمين إنه يحكم بينهما بحكم
الإسلام في طلاق الكفر وإذا أعتق عبده ثم ترافعا إلى حكم الإسلام أنه يحكم
عليه بحريته لجميع ملك فرفع يده بسبب رفعه لأن الكافر في العتق عتق ملكه
عليه ثابت فلذلك حكم عليه بالحرية بخلاف النكاح فإنه فاسد والطلاق
يستدعي محلا وهو مرفوع الفساد قاله في ابن شعبان وإنما كانت ردة أحد
الزوجين توجب الفسخ بطلاق وإسلام أحدهما يوجبه بغير طلاق لأن الردة أتت
على نكاح صحيح فلا يحل إلا بطلاق بخلاف الكافر فإن نكاحه عندنا غير صحيح فيحل
بغير طلاق وأيضا المسلم يلزمه طلاقه وكذلك يلزمه ما أحدث من الردة لأن
الطلاق والكافر لو طلق ثم يلزمه إن أسلم فلم يلزمه ما فعل كالطلاق قاله ابن عمران
وأيضا إسلام الكافر يتنزل منزلة طلاقه وطلاقه غير لازم وارتداد المسلم
يتنزل منزلة طلاقه وطلاقه لازم وإنما قال ابن زرب وغيره إذا كتب في
العقد صحيحة العقل والبدن لم يكن ذلك شرطا يوجب له الرد من كل عيب وإذا
كتب سليمة كان شرطا يوجب له الرد من كل عيب من العيوب لأن الأول عادة
جارية من تلفيقات الموثقين ولم تجر العادة بالثانية قاله بعض أشياخي
وإنما ثبت الصداق للمغصوبة فتحمل بيمينها وتدعي الوطء على الغاصب ولم
يثبت الحد لأن الشرع جعل في إثبات الحقوق المالية طريقا غير طريق إثبات
الزنى وإنما قال في الكتاب إذا تزوج امرأة على عبد موصوف ثم دفعه إليها
فاستحق فإن عليه مثله وإن دفعها عليه فقيمته لأن العبد لا يكون في الذمة
والموصوف هو في الذمة فإذا تزوجها فاستحق فعليه مثله في ذمته وقد يرده
ابن يونس يثبت استقرار ملك المرأة عليه والمعين تعلق الحكم بعينه فإذا استحق
من يدها عادت عليه بالقيمة لأن نماه حلت على ابن شعبان وإنما أخذ ثمنه
عن هذا فيما كالسلعة إذا استحقت أن المبتاع يعود بثمنها على البائع وقيمته

على عرض بعينه ثم دفعه إليها
فاستحق من يدها فعليه قيمته

يوم رضيت بالعرض ويرد على ذلك انه ملك بعد رضاها به لكان الضمان منهما
قاله ابن بشير تنبيه من خطه في بعض ما قيدت من الحواشي على نسخة من
كتاب ابن الحاجب في استحقاق العبد الصداق اذا كان معينا ثمانية اقوال الاول
الرجوع بقيمة العبد وهو قول مالك وابن القاسم قال اللخمي وحمل ابن حبيب على
المكارمة فيه فان كانت قيمته اقل من صداق المثل فلا تزاد لانه مكارمة من الزوجة
وان كانت قيمته اكثر كانت مكارمة من الزوج الثاني ترجع بصداق المثل
ولم يعزه اللخمي وعزاه ابن رشد في البيان لمالك في العتبية قال وهو الصحيح لان
العبد عوض عن بضعها فاذا استحق العبد رجع بقيمة بضعها لتعذر انه بالعقد الثالث
الرجوع بمثل العبد قاله ابن كنانة في كتاب ابن حبيب ومثله في مختصر ما ليس في المختصر
الرابع ان استحق بحرية رجعت بصداق المثل وان استحق بالملك رجعت بقيمته
وعزاه في البيان للمغيرة وسحنون الخامس ان علمها بالعبد وكان من اهله فسخ
النكاح قبل الدخول حكاه ابن حارث عن سحنون السادس كنقل ابن حارث عن سحنون
انه يفسخ قبل البناء وبعده وحكاه ابن حارث ايضا عن بعض اصحابنا السابع
انه يفسخ قبل البناء ومتى كان الصداق عرضا بعينه فاستحق وعزاه في البيان لابن
يحيى الثامن قول اللخمي لو قيل ان لها الاقل من قيمته او من صداق المثل لكان وجها
فان كانت القيمة اقل لم يكن لها غيرها لانها رضيت بالاقل من صداق المثل وان كانت
القيمة اكثر لزمه صداق المثل لانه يقول انما وهبت عينا ما استحقت فلا يلزمني
العوض عنها الا ان يعلم انها لو تزوجت بغيره فانها لو علمت لم ترض الا بما يكون في صداقه
مثل قيمة العبد واختلف المذهب ايضا اذا استحق من يدها بعد الدخول هل لها
ان تمنع زوجها من التمادي على وطئها حتى يدفع اليها على اربعة اقوال يمنع لا يمنع
العرض حتى ان يدفع لها اولا والعرض حتى ان يدفع كله فلا يبقى منه شيء او يبقى بعضه
فلا يبقى منه ربع دينار والقول الاول من الاقوال الثمانية جار على القاعدة فيما
اذا استحق عرض فلا تركه معلوم انه يرجع بقيمة العرض لا بقيمة العوض وذلك في

تشبه مسائل ... النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والصلح على الإنكار وفكاك الكتابة وعتق العبد على عوض ودم العمد وقد نظمت في بيت ليسهل حفظها وترسخ

وفيك نكاح وخلع واعتاق فكاك * كتابة دم العمد صلح بإنكار *

وإنما فارق في المدونة يحلقون العقيلة ولا يحلقون المجنونة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال حتى تذوق العسيلة والصغيرة قد تجد اللذة وتقصر إليه البضعة وإن كانت لا تنزل والمجنونة لا تجد شيئا وقد تعرف ذلك وإنما هي كالنائمة قاله عبد الحق في التهذيب وإنما فارق في المدونة فيمن أسلم وله ولد مراهق فإن الأب إن قال له يوقف إلى بلوغ الولد فإن أسلم ورث الأب وإن لم يرث وكان المال للمسلمين وإن قتله قاتل قبل بلوغه فإنه يقتل به بحكم ثم بحكم ابن مسلم في وجوب القتل على من قتلهم ولم يحكم لهم بحكم الإسلام في وجوب الميراث لهم ورثة قبل بلوغهم لأن الميراث غير لازم ... مثل يدعو إسلام الأب البلوغ لا وقت قبلها بلوغهم بجواز أن يرجعوا عن الإسلام بخلاف القتل فإنه إذا قتلهم قاتل فقد قتلهم وهم على الإسلام حقيقة فلا ترقب منهم زوال عنهم لأنهم ماتوا عليه فوجب بذلك قتل قاتلهم قاله بعض شيوخ عبد الحق وإنما تكون الحرة فراشا بالعقد الصحيح بلا تفاوت بينهما في كمال الوطء ولا تكون الأمة فراشا إلا بالوطء عندنا لأن الحرة إنما تراد للوطء فالعقد عليها أنزل في الشرع منزلة وطئها لما كان هو المقصود به ولا كذلك الأمة فإنها تشترى لأشياء كثيرة غير الوطء فلم يجعل العقد عليها بمجرده فراشا فإذا حصل الوطء صارت الحرة مثلها فكانت فراشا تنبيه فإن قيل قال أبو عبد الله المازري رحمه الله تعالى هذا التعليل قاد بعض شيوخنا إلى أن زعم أن الشاب العزب إذا اشترى جارية علية لا تراد غالبا إلا للتسري فهي إن ذلك [illegible] وكنت ممن [illegible] فإنه يشبه مسألة السرية فإنها تكون فراشا وإن لم يبينها وكذلك [illegible] وتزوجن فيها الحلة المعروفة بين الحرة والأمة وتعلق بعض الشيوخ في نحو هذا المذهب بما وقع في المدونة أم الولد

اذا فات زوجها وسيدها ولم يبرز ايهما اقرب موتا فان عليها اقصى الاجلين
مع حيضة اذا كان بين الموتين اكثر من شهرين وخمس ليال وروى انه اذا امكن ان
تكون السيد هلك اولا فالحكم التعلق بكليهما والنصف من ذلك بالوالد الولد
فذهابه كم انه لسيدتها تعتزع من استبلادها بلمن لم يعتبر الاعتبار بها
با لوكه وبعد رجوعها البنه من عصمة زوجها بخلاف التي لم تلد وقيل في
العبوليات ان فيه ملك رجال لها في وقت واحد وكلهم بها واذا كان في لك
بقد تساووا كلهم فليس احدهم اولى بالولد من صاحبه اذ انما زعموا مع شيوا بهم
في شبهة العزاش بالملك بخلاف الحرة فان الولد الثانية يساوي به والحرية
والعزة فلم يلحا وكذا هيبنا من قبل انه انه اذا كان لها زوجة زنى ملا ان يتزوجها
وهو لا يعلم ان لها زوجا فقد جرى لانه كان يمكنه ان يتعرف ولا يقدم على وطء زوجة
من فراش لغيره ان يتزوجها في عدتها بحوفي التعقيب كذلك لو حجر امراة على فراشه
فيطا ولا يعلم بالولد للاحرب العزاش الصحيح لقوته وانما قالوا اذا استبرد
نكاح بكر اقام عندها سبعا واذا استبرد نكاح ثيب اقام عندها ثلاثا في رعفرا لنكاح
كذا والجديد يعارف الغديم في ذلك لان عندهم ان الزيادة يكون الغالب فيها من النفع
وشكر لهاكما والحشمة فتونس بزيادة الاقام حتى تلحق بالاولى في حكمه ويستوي بين الزوج
لزنده من الثانية بالكلام بلن فلما كان قلب البكر انفر من قلب الثيب زيد في
الاقام ليتمكن انس فلانه في التعارف

فروق كتاب الخلع

وانما قال في الكتاب اذا اصلح بعبد بعينه الى اجل يجوز الخلع وبطل في جل
ويكون الفراق عليه ولم يجعله كالبيوع الفاسد وقال في مغناه مما لا يتاخر مثله الا
وتاجيله بما يقدر ان على زوجه وجد كذلك الا بوقال في بابه وانما جوز في الكتاب
الخلع على نفقة الولد في الحولين ولم يجز فيما بعدهما الى الغزو والاحتلام فيما بعد الحولين
فنكرو للحولين لان الصبي مضطر الى ما لا بد في الحولين وانه لولم يلتزم ذلك عليها
لشق على الاب تكلفه وليسير النفقة بعد الحولين في الطعام والشراب فاعتبرو

قوله ذلك لأن الحرة في العرب الصميم في الغالب تحترز عن الرجال
انما عرضت بالعلماء اذا احتاجت للنفقة لانها

على الذي تكلفه قاله ابن محرز وانما قال في الكتاب في بيع الخلع بشرط
النفقة على الولد اكثر من عامين وصح الخلع فان في فوات الشارد والجنين والثمر التي
لم يبد صلاحها مع ان الجميع غرر لان الغرر في هذه قد حصل له عنده بالكلية وقد خالع
ضمانه كذا الغرر فلان التي خالعها على ان تنفق على ولده اكثر من عامين بشرطه
النفقة في ذمة على كذا ولا يدري اتسلم ام لا تسلم فان سلمت وان هلكت المرأة فما
شرطت على نفسها من التزام الحكم في ذلك فلما كان ما شر له من ذلك امر ابتع فكان
بدا في الخصومة منع وابطل من اصله قاله ابن محرز وايضا العبد الآبق والغرر
فيه بسببها وهو يجهل الى ما يؤول او لا يجهل وقد اخرجت ذلك المرأة من يدها وثبت من
رجوعه اليها ويعني الغرر فيه من جهة الزوج وغيره بخلاف مسألة النفقة فانها
قد تعجز في اثناء المدة على النفقة فلا يصل الزوج الى غرضه وقد لا تعجز وقد يعيش
الولد فيلزمها ما التزمت ويخرجه من يدها على كل حال ويصل الزوج الى غرضه او
يموت بعد احولين الولد او الوالد فلا تخرج من يدها شيئا ويتوهم ما لها ومن يصل
الزوج الى غرضه فكثر الغرر من الجهتين قاله عياض وايضا في فوات الشارد وقد ذكر
معهما غرر في يقدر على دفعه وان المنفقة بان يشترط عليها ان الولد اذا مات في اثناء
المدة رجع عليها بما بقي من المدة فلا يمتنع الاول من الثاني لهذا قاله عبد الحق
عن بعض شيوخه تنبيه ينقض هذا الفرق بالخلع على ما في البيوع على عقد غيره
موصوف ولا مؤجل والله اعلم وانما يقتضي الغرر وانما له كان يوقف الشارد في
الخلع ولا يقتضي في الصداق لان الاصل ان يستباح البضع الا بعوض بخلاف الخلع ولان
ابن القاسم يمنع العوضية فلذلك اتفقوا وانما اجاز اجتماع الخلع والبيع ولم
يجوز اجتماع النكاح والبيع لان وجود العوض الحاصل في النكاح من حق الله تعالى لان
بيع البواكير من الزوجين على اسقاطه فلا بد من وجوده وهو العوض ربع دينار فاكثر
ولا كذلك حل العصمة فانه حق للزوج اختص به فالعوض وان نفاه لا منه والله اعلم
وانما قالوا اذا خالعها ثم تبين انه كان بائنا ترد المال واذا كان بعد كل عبدك وقد
ومنه ثم تبين انه كان عنده ان يرد مع ان كل واحد منهما مثل هذا للمسوغة ومثله

للمريض؛ لأن له سبيلا أن يستمتع وينزع ماله ولا يزيل ملكه عنه، وأن الحكم والنسب كذلك الزوجة إذ لا سبيل إلى حلها وهو كالأجنبي ولا يحل إليه إلا بوجه شرعي، وإذا ثبت كما قدمناه فلذلك جعل أخذ بغير عوض، وإنما كان للغرماء أن يردوا خلع المديان لأنه ليس لهم أن يردوا نكاح المديان والسفيه والمريض؛ لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كما تمس الحاجة إلى الطعام والشراب واللباس وغير ذلك مما لا بد للمرء منه، فلم يكن للغرماء منعه من التزويج كما لم يكن لهم منعه من شيء من الأشياء، وكذا نقول على ذلك عاملوه، بخلاف الخلع فإنه مما لا تمس الحاجة إليه، وإنما تقع رغبة في التملك من الزوج لغير ذلك بعوض، وأمر ليس بمعتاد ولا غالب حال ولا شبهة فلا يخرج من أموالهم اختيارا عن غير عوض فلم يمض عليهم، وعلمت وجه هذا فإن في كتاب الصلح ليس للمديان أن يصالح عن دم العمد بأموال الغرماء، فهذا يشبه الخلع إذ ليس هو معتادا، وقد قال في غير المدونة إن هذا إنما يمنع ابتداء فإذا وقع الصلح مضى. قال الشيخ أبو القاسم بن محرز: وعلى هذا ينبغي أن يمضي الخلع أيضا، وكذا نقول عاملوه على أن يمضي في ماله بكل وجه يطلب لهما منفعة أو يدفع عنهما مضرة نادرا كان أو معتادا.

فروق كتاب الطلاق

وإنما يجبر المطلق في الحيض على الرجعة ولا يجبر المطلق في الطهر الذي مس فيه على الرجعة، وفي كلا الموضعين ممنوع من الطلاق؛ لأن المطلق في الحيض أدخل الضرر على المرأة بتطويل العدة عليها وعوقب بأن يرتجع، وهذا المعنى مفقود في الطلاق في الطهر الذي مس فيه لأنه لم يطول عليها به عدة لأنها تعتد بقرء كامل. وإنما يطلق على المولي في الحيض وقد يطلق فيه على العنين والمعسر بالنفقة ولا يطلق عمن فيه مرفق زوجته؛ لأن المولي إذا لم يطلق عليه زيد فيما أحل الله وذلك لا سبيل إليه.

وإنما قال ابن القاسم في الذي يقول إن تزوجت فلانة فهي طالق وهي علي كظهر أمي إنه إن تزوجها وقع عليه الظهار والطلاق معا، وإذا قال لامرأته أنت طالق وأنت علي كظهر أمي إنه يلزمه الطلاق ولا يلزمه الظهار؛ لأن الأول لم يجب عليه شيء وينعقد نكاحه بالطلاق أو الظهار، وإنما أوجب عليه ما أوجب على نفسه فيهما

[illegible]

بنفسه تزوجه اياها فوجهان الاول يفترق احدهما على ما فيه وان يتفقا عليه معا لانه
او جبهما على نفسه معا بشرط تزوجه بطلاق الثاني فانه يلزمه الطلاق بنفس
تعليقه وتمييزها بنية فيه بخلاف فراغه من قوله انت طالق ثلاثا دون نية فتمييز
قوله عقب ذلك وانت علي كظهر امي بعد فراغه منه فلا يلزمه وانما لزم
الطلاق في قول الرجل ان تزوجت فلانة فهي طالق ولم يلزمه اسقاط الشفعة
في قول الرجل ان اشترى فلان شقصا فقد اسقطت عنه الشفعة لان الطلاق حق لله عز
وجل فيلزمه الطلاق وان اراد ان لا يستطيع الرجوع فيه بخلاف المراة المطلقة
او ليس ذلك حقا لها فيلزم بعد النكاح كما التزمه نفسه قبل النكاح واسقاط
الشفعة ليس حق لله عز وجل وانما هو حق للمشتري فيصح له الرجوع فيه
بعد ذلك فلا يلزم الا بعد وجوبه له عليه فالانه بعد الشفوع وانما لزم
تعليق الطلاق بالاجنبية ولم يلزم تعليق التحريم بها لان الشرع ورد بحل العصمة
بالطلاق وفي كل وجوهه لكونه امرا متفقا عليه ويتشوف بالتحريم على العصمة
الحاصلة دون غيرها لكونها امرا مختلفا فيه قاله ابن العربي رحمه الله وفيه
نظر انظره مسئلة المستور وانما يلزمه الطلاق عاجلا في قوله انت طالق يوم
اموت ولم يحمله على ما بعد الموت وقالوا اذا قال لعبده انت حر يوم اموت انه
يحمل على قوله بعد الموت ثم ينظر اقال ذلك وصية او تدبيرا وان لم يكن له
نية فهو وصية عند ابن القاسم وتدبير عند اشهب فلزم على هذا ان يكون الحكم في
الطلاق بمنزلة انت طالق بعد موتي لان الطلاق لو حمل على ما بعد الموت لم يكن في ذلك
فائدة اي لا يقع الطلاق بعد الموت بخلاف العتق وانما حنث اذا حلف على الغيب
ويقطع عليه على المعروف ولا يقطع في الشك بالغيب ولا يجب لان الحالف على الغيب
تعمد الكذب وليس كذلك الشاك في الطلاق وانما قالوا اذا قال كل امراة
اتزوجها الا من قبيلة كذا او من بلد فلان او من قرية بعينها ان الطلاق يلزمه الا ان
يكون المعنى من القبيلة او القرية ليس بهما ما يتزوج لصغر القرية وقلة القبيلة فلا
تلزمه اليمين واذا قال كل امراة اتزوجها من قبيلة كذا او من قرية كذا ان ذلك يلزمه

فتوا

سواء كانت القبيلة قليلة او كثيرة وكذلك الغريبة وفي كلام الجزولي معبرا بالبعيض
معلقة بما دون التمييز في ابن عرفة المذكور بما على نفسه باب ابن جابة وكلاما
سد عليه باب ابن جابة ساقط في نظر الشرع وكان ممن عم النساء كلهن لم يسد على نفسه
في النكاح باب ابن جابة لرفقه والله اعلم وانما قالوا اذا قال كل امرأة
اتزوجها طالق لم يلزمه الطلاق وكان له ان يتزوج واذا قال كل امرأة اتزوجها
فامها علي حرام لزمه ذلك وفي كلام الجزولي معبرا بالطلاق والثاني لا وان فرض على نفسه
باب ابن جابة لجواز ان يختار المرأة على الطلاق دون المرأة فافهموا وانما قالوا اذا
حلف بعتق عبده ليضربنه لاجل شهادة فادعى عليه عند حلول ابن جلاب وكذبه العبد
ان القول قول السيد واذا حلف بالطلاق ليضربن فلانا حقه لاجل شهادة فادعى
عند حلول ابن جلاب القضاء فالكذبه زوج الامرأة ان يقبل قوله وفي كلام الجزولي معبرا
ومع لا شهادة البصير وعلى كون البعض تعلق لغير الله اعني الطلاق والعتاق في كل منهما لان
العادة جارية بان السيد يضرب عبده او وصيفه شاء من غير اشهاد فاذا ادعى
بغلبة قبل قوله احتياطا اذا ادعى العبد العتق والسيد ينكره والعبد كذلك فقد اتفقوا
لان العادة جارية بالاشهاد ابن شهاد ابن ... امرأة طلقها ان يرجع الى زوجها فادعى
انه دخل البيت والمطلق منكر وعلى الرابع البينة وانما قالوا يمس
الشرع لزوجته ان كل امرأة يتزوجها عليها كذا ثم طلقها طلقة بائنة ثم تزوج
غيرها بعد يسير ثم راجع الاولى لان الداخلة تطلق عليه ولو ادعى نيته ولو
قال كل امرأة اتزوجها ما عاشت فلانة كذا فطلقها طلقة كذا فابانها واراد
ان يتزوج غيرها وقال نويت بقولي ما عاشت ما دامت تحتي ان له نيته كما ادعى
النية بخلاف الظاهر القضاء في مسألة ما عاشت لحمول المرافعة تنبيه نزل
ابي ابراهيم قال ابن رشد ومعنى هذه المسألة انه طلقت عليه بذلك بينة فلم ينوه وتلك
لم تقم عليه بينة لم يذكرها ابن رشد رحمه الله في اجوبته ولا في غيرها والله اعلم
وانما نفع الاستثناء بمشيئة الله تعالى في التمثيل بالله على مستقبل ولم ينفع في الطلاق ف

والعتاق في لفظ الطلاق بمجرده يوجب الطلاق ولا ينفع فيه استثناء
بخلاف اليمين بالله تعالى فانه يتعلق بها حكم قاله الاكثرون وايضا فالخبر
ان الاستثناء في الطلاق مع وقوعه بالمشيئة كالاستثناء على فعل يسقط كفارته
في تعلقه به في اليمين بالله قاله البغداديون وايضا فان لزوم الطلاق حكم
شرعي فلا يصح فيه اشتراط تعليقه لعدمه وقد لزم اليمين بالله فعلا او كف عنه فيصح
تعليقه بعدمه قاله ابن عرفة وزعم انه انما فرق وانما لم يلزمه الطلاق
في قوله انت كذا لو اني ان يشاء زيد على المشهور كقوله انت كذا لو ان شاء زيد
ولزمه على المشهور في قوله انت كذا لو ان يريد منصفه قوية ولا كذلك في
الا ان يشاء زيد فانه يتم على ذلك تنبيه قول ابن عبد السلام الفرق
بينهما ان الا ان يشاء زيد يكره دلالة الشرع بخلاف ان يريد في غاية الشعوب لانه
كما يكره الا ان يشاء زيد الى الشرع فكذلك يرد الا ان يريد الى الشرع ومراده
براءة والله اعلم وانما قال في الكتاب اذا شك في الطلاق لم يلزمه كلا فيه واذا
شك هل طلق واحدة او اثنين او ثلاثا جمع ثلاث في ان الشاك في الطلاق وزوجته على ثبات
عصمته عليها فلا يطلق ذلك اليقين والحرث بالشك فرقا وقع لا يرفعه الا الرجعة
ان كانت مدخولا بها او عقدا للنكاح ان كانت غير مدخول بها وتلك الرجعة
او العقد مشكوك فيه فلم يحصل الاعتبار فترك على ما يقتضي وقوع التحريم فيهما
بالطلاق ولم يبح بالرجعة ولا بالعقد لوجود الشك فيهما قاله ابن محرز
وانما قال في المدونة ان قال لها وهي حائض انت طالق كما يرتجع
عليه الاول ويجبر على الرجعة مع انه يمنع الطلاق في الحيض ابتداء ومنع انما
علقه بوقت يجوز فيه الطلاق لان النكاح الى اجل محرم فان نجزه ووجد ما
الطلاق الى اجل يشبه فوجب ان يعجل عليه الطلاق اذ لا يجوز ان يستمتع بها
الى اجل ان على كل حال يمكنه او فقد في العين قاله بعض الشيوخ وانما
قال في المدونة فيمن حلف بالطلاق فلم يدر احنث ام لا انه يؤمر بالفراق ولا يقضى

عليه

عليه وقال الذي حلف بطلاق زوجته إن كلم فلانا ثم شك بعد ذلك فلم
يدر أكلمه أم لا إن زوجته تطلق عليه فظاهره أنه على نفيها لا وحنث ويبر على
مستقبل والثانية يبر على ماض فإن العصمة مشكوك فيها فوجب أن يفرق بينهما
وبين الزوج والأول لم يشك في العقد في حال انعقاد اليمين وإنما الشك
بعد ثبوت صحة العصمة وشك هل حنث أم لا قال له الشيخ أبو الحسن الصغير رحمه
الله فليس في هذا الفرق نص لأن صحة أهل العصمة متيقن في الصورتين وقوله
في الثانية إنه يبر على ماض لا نسلمه بل الكلام أنه على مستقبل في البعض جعلوا
يمينه إن كلمت من قبل فيه الكفارة ولا مدخل للكفارات في الطلاق وأما المسألة
الأولى محتملة للماضي والمستقبل والله أعلم وإنما أمره في الكتاب بفراق
امرأته إذا لم يدر أحنث أم لا ولم يأمره إذا شك هل طلق امرأته أو لم يطلقها لأن من
شك هل حنث أم لا فقد أيقن باليمين ولليمين تأثير في الطلاق عليهما وذلك أن نفسها
أنه وإذا أيقن بالطلاق وشك في الحنث كان ذلك أقوى وأدعى للزوم الطلاق ومن
شك هل طلق أو لم يطلقها لا هذا لم يتيقن أمرا وكذلك أو أنه تيقن بالحنث وشك في
الطلاق لامرأته في العتق بالطلاق يمنع الأخرى فيتبين الطلاق وهو الحنث وشك في الجهة
الأخرى ولذلك يشبه في الكتاب من حلف فشك في الحنث بل أيقن بالحنث ولم يدر بأي يمين
حلف وذلك هو كل يمين كمن شك فلم يدر أحلف أو لم يحلف فإنه لا شيء عليه فلان وهو
الذي ذكره على أهل البغداد بين من ألغاه بتا وهو أحسنها وهو من شك في الحدث بعد حصول
الطهارة قلت فهذا العرفين تيقن العصمة والشك في الطلاق وتيقن الطهارة والشك
في الحدث في مدونة كتاب الطهارة فاعتنى ذلك عن إعادته هنا وبالله التوفيق وإنما
اتهم بالطلاق زوجته في المرض في ميراثه ولم يتهم في هذا فجعل لها الميراث
كاملا ولم يجعل لها إذا كلفها قبل الدخول في مرضه إلا نصف ثمنه المنزلة في
الميراث إنما اتهم فيه لأنه من حقوق الله تعالى ومنع من يرثه فلو سوغ له الطلاق ف
في مرضه لكان ذلك ذريعة إلى منع الحق حكم الله تعالى واشتغاله بمرضه وهو حمله

يختص وجوبه بالموت فقويت التهمة على المطلق عند حضور سببه وان الصداق امر
يجب بحكم العقد ومنه والتراضي على قدره وليس جميعه مقدرا بحد قال الله تعالى
وانما قدر اقله بما يزيد على ربع دينار لمجرد حقوق الله دفعا من الزيادة وغيرها مما
فلم يغلظ عليه بتهمة الزوج كما غلظ على الميراث لان الناس اختلفوا في
وجوب الصداق فمنهم من يقول نصفه واجب بعقد النكاح والنصف الآخر موقوف
ومنهم من يقول بل جميعه واجب بالعقد وله ان يسقط بالطلاق نصفه فعلى القول
الذي يرى ان الصداق قد كان واجبا بعقد النكاح وان للزوج اسقاط نصفه
بطلاقه فلا تهمة عليه في الطلاق في المرض لانه قول لم يزل يملك منذ ترتب
الصداق ووجوبه وانما استمر في طلاقه في المرض على ما كان له من العفو قبل ولم
يتصور فيه ما يتصور في الميراث من التهمة لان الميراث انما يجب بالموت فاتهم على
منع ذلك الوجوب بحضور سبب الموت وهو المرض والصداق قد كان واجبا منذ
عقد النكاح الا ان للزوج حقا في اسقاط نصفه بالطلاق فلما استمر في المرض
على ما تقرر له من الحق قبله وعلى القول الذي يرى الوجوب في جميعه او نصفه ليس
وجوبه مقصورا على الموت فيتهم فيه كتهمته في الميراث وغيره انما نتهم المطلق في
الاحكام التي تختص بالموت دون ما يشترك فيما بينه من الحياة مرضه وغيره مما فلا
يلزمنا ما لم يلزم عليه ويبين عن صحة هذه النكتة ان الوارث اذا قتل موروثه
عمدا منع من ميراثه ولو انه قتل زوج امته او زوج وليته قبل الدخول فيها لكمل
لها الصداق كاملا ولم تكن التهمة تمنعه من تكملة الصداق كما منعته الميراث فدل
ان التهمة انما تعتبر فيما يختص بالموت من الاحكام دون ما يشترك مع غيره قال
جميعه ابن محرز وانما قال في الكتاب حكمه كحكم الولد زوجة وجارية تسميان
كذلك وقال انما اردت بهذا القول جاريتي وجاء مستفتيا انه يصدق وقال
فيمن حلف للسلطان بطلاق امرأته ثم قال كنت اردت امرأة كانت في عصمتي انه
لا يصدق وان جاء مستفتيا وكلاهما قد قصد الله على زوجه فاما ان يصدق فيهما

جميعا

جميعا او لا يمض فيما بقي من الزمان حكمه كما لو قال ان اردت بجاريتي فجاريته
نسي حكمه بالجملة فالقول بانقطاع الطلاق عليهما يسوغ له النظر في ذالك اذ لم
يكن في لفظه ما يمنع واما الذي فان امراتي كما لو قال ان ارتدت امراته كانت او فرت بانت
او فر طلقها فتلك امراة لا يقع عليها الا ثم بانها زوجته في الفرار قبل يصدق فيما
اذ عالم من الفقه انما كان لفظه في بيتها ولنا والله اعلم قاله ابن محرز واما
قال ابن القاسم اذا ماتت المراة فشهدوا ان الزوج كان طلقها البتة في مرضها
واذا مات ورثته في زمن الحكم بالطلاق ولا يتصور على ميت وانما يتصور على حي
فاذا كان الزوج هو الميت حكم عليه بالطلاق وقع عليه في اجزاء حياته ومن طلق
في تلك الحال ورثته زوجته فاذا كانت الزوجة هي الميتة لم يرثها فمن طلق
امراته وهي مريضة لم يرثها وكذالك لو ماتا جميعا فان كان هو الميت اولا ورثته
وان كانت الزوجة هي الميتة اولا لم يرثها ويشبه هذا الذي عللناه قول ابن المواز
في توريثها منه اذا كان هو الميت لانه طلاق في المرض قاله عبد الحميد الصائغ واما
قالوا اذا قال لها متى اذا حملت فانت طالق وكلمها في كلامهن واذا قال لزوجته اذا
حملت فانت كما لم يدخل بها وانما يقع الطلاق لان الحبة اجمعوا انه لا يجوز
الطلاق الى اجل يختص بها ابن عمر وانما قال في الكتاب فيمن قال احدى نسائي طالق
ولم ينو واحدة منهن بعينها يطلقن كلهن من غيرهن كذا طلاق واذا قال احد
عبيده حر ولم ينو واحدا منهم يختار واحدا منهم للعتق لان العتق يتبعض ويجمع في احدهم
بالسهم بخلاف الطلاق قاله ابن يونس وايضا الطلاق ومع اهلية يقبل الخيار
ومن النكاح اذ لا يجوز ان يتزوج امراة من نساء يختارها وكذالك لا يجوز في بيعه
ومن الطلاق والعتق مع اهلية ومن الشراء لانه يجوز ان يشتري امة من
جماعة يختارها فيجوز ذالك في بيعه ومن العتق قاله عبد الحق في التعليق واما
قال في كتاب الايلاء بل الطلاق ومن حلف لزوجته بالطلاق كلما تزوج عليها فطالق
ثلاثا انه يتبعه من غير يمينه وقال في كتاب الايلاء ومن حلف بطلاق زينب

بتقويمها عند ابن القاسم وكذا تزويج مبتاع الامة بخيار اختيار وان لم يطأ لانه انما
جعل له الخيار وايقاع الزوجية فيه فاذا اوقعه بعد قبل ما جعل له وتم به ملكه ولا
كذلك الرجعة قاله ابن يونس وايضا المبتاع لو لم يطأ وتمادى على امساكها
حتى ذهبت ايام الخيار وانقطعت عنه بذلك مختارا والزوج لم يجعل له
الرجعة فيكفيه بعد تقويمها قاله ابن يونس وايضا لو تمادى على امساكها حتى
انقضت عدتها فات الرجعة لبانت منه بخلاف انقضاء ايام الخيار قبل ان وكله اذ فعله
من وكله الخيار قاله ابن يونس وانما قالوا اذا قال المطلق الطلاق الرجعي
لزوجته اذا كان غدا فقد راجعتك لم تكن رجعة واذا قال كنت راجعتك بالامس
كان ذلك رجعة وفي كلا الموضعين هو اخبار عن رجعة لان تعليق الرجعة بوقت
ياتي ممنوع عنده والوعد في النكاح لا يجوز والرجعة نكاح فاذا اخبر عن وقت مضى
فليس بوعد وانما هو اخبار عن رجعة وقعت في العدة فكذا لو قال قد راجعتك في
الحال وانما قالوا اذا قال قد راجعتك فقالت قد انقضت عدتي صدقت في
الحال وان كان بعد ذلك بكت ان العدة فان كان مثلها تحيض فيه صدقت وان كان
لا تنقضي العدة في مثلها لم تصدق وفي كلا الموضعين هي مدعية لانقضاء العدة لان
المخبرة بانقضاء عدتها في الحال تتهم على كراهية نكاحه وليس كذلك اذا اجابته
بعد صمت فرغ من كلامه لانها تتهم على نكاحه انها كارهة له فلهذا لم ينكر انكارها
فوتها وايضا بالسكوت ثبتت الرجعة فلم يقبل قولها في ابطالها وفي الاولى لم
تثبت فقبل قولها وانما اجازوا للمظاهر الدخول على المظاهر منها والنظر
اليها ولم يجيزوا ذلك في المطلقة الرجعية مع ان كل واحدة منهما محرم وذلك
لان الرجعة مفتقرة والعصمة مختلة في النكاح بخلاف الظهار منها فانها ثابتة العصمة
صحيحة النكاح قاله في التوضيح وانما قالوا اذا قامت بينة بعد العدة انه اقر
بالوطء في العدة فهي رجعة ولو قامت بعد العدة بينة تشهد انه كان عندهم انه
اغلق عليهما بابا او ارخى عليهما سترا في عدتها لم يكن ذلك رجعة الا بالوطء.

يكن له شهادة عليه واتفق يكن له شهادة عليها فلما لم تشهد البينة على الخلع و
بفسخها دل ذلك على كذبه قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قالوا فيمن امتنعت
زوجها بالسكنى معها في دار بها منزل الزوجية فطلقها الزوج طلقة بائنة ان الامتاع
يعود اذا راجعها لانها تكون فقهية ابنتها من يتزوج امد الزوجية فطلقها ثم راجعها
وابى من ان تعاد ان الانفاق لازم له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء وكقوله في
غير الشرط واليمين لا ان الحق فشأنه قوله والنفقة والشرط قوله فما كان من قوله
كان فشأنه يسقط وما كان من حق عليه لا تنبيه لا يقال قولكم ان الحق شأنه
ان يعود بعد المراجعة وتم وقفنا لقول الجزيري في ترجمة العمري مرونا بغيره وان
امتنعت الزوجة زوجها في دار بها او عنها ما فرغ الزوجية فطلقها الزوج فان راجعها
الزوج تعين لها العمري ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء فلا ينقطع الحق بالثلاث ان
راجعها بعد زوج لان قوله امد الزوجية يقتضي العصمة وقد قال القاضي ابو الوليد
ابن رشد فيمن تطوع لزوجته بنفقة ابنها من غيره امد الزوجية فطلقها ثم راجعها
وابى من ان تعاود ان النفقة لازمة له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء كما قاله ذلك
في مسألة اليمين لانا نقول الجزيري يقول فيما ذكره على نص في عين النازلة وانما قال
في ذلك على قياس واصول من احد المواضع المعترضة عليه عند الشيوخ حتى قال
الشيخ الفقيه ابن علال الخطيب بعض اغراضه كذا وقد نظمها ابو سعيد بن لب في ذلك نظما

ومرجعة الزوج تعيد كلما | قد كان في عصمته ما التزما
من شرط او نفقة بل لتزمه | وان يتم فالطلاق بعدمه
وذاك من واجب عليه | ولم يكن امضاه الا ابيه
فان الجزيري فيها قاسا | فجعل البابين بابا واحدا

قلت ومن اوضحها رحمه الله وعفا عنه قوله لعله النقد عند سحنون يقتضي الفسخ
ويوجب براءة الزوج فيه دون بعد تلزمه وقال لعله ابن حبيب لان المتمول من الطلاق
انما هو في لعله تقدمها له في النقد ومنها قوله وان وقع الخلع قبل ستة اشهر لم يراجعها

فانه يرجع بلا رجوع: ونظمها ابن سعيد بن لب فقال: فيهما رد على من سبقا: وان فرقا من فيها شا بلا مرا: من جعل
البابين بابا واحدا لانه حولة من اشتغله: فلا يعود ودل من يشترط له: في الحران قلاد والا فهو العود في واستظهر
النسخة بن ابي سعيد ابن لب رحم الله الجميع

يفتديا فلها مراجعتها اذ ليس له ان الا فلم من الضرر او اختلع في الصحة من القول
ورضيا واذا علم القاضي من الخوف علمه الشهود لم يعذر في ذلك الى غيرهما من
النوازل

فرق في كتاب الايلاء

وانما قال مالك اذا حلف بالله لا وطئها واستثنى يكون موليا واذا حلف
ان لا وطئها وكفر سقط عنه الايلاء وانما لم يحلها بعد الكفارة فيلزم كما وقع عنه
لتتميمه عندنا انعقاد الكفارات ان من وطئها عنده في مسألة الاستثناء فتتميمه لا اجل
انه فيتلاعب من الوطء وكذلك يلزم في الثانية لا فيما عد انفكاك ان لم يكفر احرج
الفلك وفي مثاله المبالغ لشرته فلم يتم بخلاف المستثني قاله بعض الشيوخ
وفيه نكتة ان احتمال قصد غيرها بان ولهذا قال اشهب لا يسقط عنه الايلاء بالكفارة
وايضا المستثني يحتمل ان يكون قصد الاستثناء به حل اليمين ويحتمل ان يكون قصد
به ذلك بل التبرك ونحوه ذلك والكفارة تحل اليمين بلا شك وان كفارة تجزي قبل قصد
بها حل عقد اليمين او غيرها فلما كانت الكفارة تسقط اليمين على كل حال كان التتمة
فيها ابعد قاله عبد الحق ونقله ابن عرفة وقال الوزان ان الاصل عدم قصد الكفارة
عن الايلاء لان الاصل عدم حلفه فيرجح كونها لها ولا مرجح لكون الاستثناء لحل
اليمين وايضا الذي حلف ان لا يطأ امرأته فيما استثنى فيها كذا وانكار استثنائه
كما وقع محتملا فان الغالب من امر العقد على تركها وكفرها فلما كان كفاره من امره بما ينتهي
وترك وطئها لم يزل فيه حكم الايلاء بالاستثناء لما كان محتملا وان الذي كفر الغالب
من امر العقد انه حل يمينه فكان منصرفا بما اذ علم من ارادته بالكفارة اسقاط
اليمين لما لم يكن له حاجة فلا يثنا في عنواله فلما كانت يمينه في الاستثناء محتملها
انه متلاعب عن الوطء وان العقد على ذلك وكانت ارادته محتملة لذلك وابقى عليه
حكم الايلاء قاله الشيخ ابو القاسم بن محرز وايضا التتمة في الكفارة ابعد
لانها تتوقف على وجود يمين اخرى ثم على جهة الكفارة عنها وتتميمه في الاستثناء
على مجرد ارادة التبرك فقط وما توقف على امرين مما توقف على امر فلذا ابعد

عرفة رحمه الله وأما قال أشهب إذا حلف لا وكلمتها واستثنى لا يكون موليا
وإذا حلف لا وكلمتها وكفر ولم يطأها يكون موليا في الكفارة على حنثه لا تجزئ إلا
بعد الحنث لا قبله خلاف ابن شعبان والله تعالى أعلم وأيضا إذا استثنى في
أهل يمينه فرفع حكم الإيلاء بالاستثناء في الكلام وإذا نوى فيه أن اليمين وقعت
مشكوكا فيها على أنه بالاستثناء رفع حكمها أو لم يرد ذلك فلا يثبتا بالشك على
حكم اليمين والذي كفر زعمه أنه كفر عن الإيلاء اليمين متيقنة عليه والكفارة مشكوك
فيها فلا يرتفع حكم اليمين المتيقنة بالشك قاله ابن محرز وهو صحيح لا بأس به وأما
قالوا فيمن قال أو كلمتك فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر ثم وطئ ثم اشترى أنه يعتق
عليه كل من يشتري من الصقالبة يحنث بالوطء قبل أن يشتري وقالوا في الذي حلف بعتق
عبده أو كلمتها فباع عبده ثم وكلمها ثم اشترى العبد يعتق عليه فلم يحنث بالوطء قبل
الشراء لأن الذي حلف بعتق عبده قد ارتفع الحرية فيه فوكلمها أو لم يكن في ملكه لم يقع إيقاع
الحرية فيه ألا ترى أنه لو ابتدأ عتقه في الحال وهو في غير ملكه لم يعتق عليه وإن اشتراه
بعد ذلك ولا كذلك الذي حلف بعتق من يشتري من الصقالبة أو وطئ زوجته لأنه إنما عقد
الحرية بوطئها فيمن اشتراه ولم يوقعها وعقد الحرية فيمن ليس في ملكه صحيح ألا ترى أنه لو
قال مكان حنثه ابتداء من قبل نفسه كل عبد اشتريه من الصقالبة فهو حر للزمه ذلك
العتق وكذلك إذا حنث يلزمه ذلك العتق قاله ابن محرز وأما قال في المدونة
إذا حلف لا وطئ زوجته حتى تفطم ولدها أن يكون موليا إن نوى أراد الإصلاح ولو وإذا
أراد الضرر يلزمه الإيلاء مع أنه لم يقصد الإضرار وإنما قصد استصلاح ولده وإذا
قال بعدم اللزوم لأجل صلاح الولد ولكن فلا يقال ذلك في نفسه أولى وأحرى لأن
إصلاح الولد فيه إصلاح له ومن قصد خلاف الضرر وأما قال في المدونة إن
حلف أن يخرج امرأته إلى بلد كذا فهو مول وإن وكله بعد أجل فقال له عروة اخرج فإن
كانت البلدة قريبة مثل ما تقضي فيه حاجته بذلك له وإن بعدت ذلك علي عليه وقال في
كتاب الظهار إذا قال أنا أصوم شهرين عن ظهاري ومن ذلك مع أن المتعجل من كل

تعتبر فيه حيثية

وأحرى منهما سقوط اليمين عنه بعد الظهار لا يسقط عنه الظهار إلا بالكفارة
ولا كذلك الإيلاء فإنه يسقط عنه بأحد ثلاثة أشياء أما البر بفعل ما
حلف عليه في الموضع بعينه وأما الكفارة وأما الوطء فلما كان له مندوحة
في إسقاط حكم الإيلاء عن الخروج إلى البلد الذي يحنث بالكفارة أو الوطء لم يمكن
من الخروج قاله ابن محرز وأيضا الكفارة في الظهار شرع في نفس ما يزيل عنه الظهار
وفي الإيلاء شرع في الوسيلة التي هي بما قاله الشيخ أبو الحسن الصغير
تنبيه قال ابن محرز ولو أن يمينه كانت على أمر ليفعلنه في ذلك البلد مثل
أن يقول امرأتي طالق إن لم أسافر إلى بلد كذا في هذه الأربعة أشهر من يوم حلفه
فقال أخرج إلى البلد الذي حلف عليه لكن من ذلك وكان بمنزلة الظاهر الذي
سأل أن يسقط عنه أن يفعل الصيام وإنما قال في المدونة ومن قال لرجل
امرأته طالق إن لم تهب لي دينارا أو قال لامرأته النصرانية أنت طالق إن لم
تسلمي وقيل ذلك بينهما ولم يدخل عليه حكم الإيلاء لأنه يتلوم له إن قام
على قدر ما يرى أنه أراد بيمينه فإن أسلمت ووهب له إن حنث الدينار وإن كلفت
عليه وقال في المدونة أيضا ومن دخل عليه بالضرر وغيره لم يحلف على ترك
الوطء ومثاله يقول إن لم أفعل أو إن فعلت كذا فأنت طالق فهو على حنث وإن
بطلها فإن وقفته ضرب أجل الإيلاء فرق بين من حلف على فعل نفسه وحلفه على
فعل غيره مع أن الجميع على حنث لأن الحالف على فعل غيره إنما أراد التعجيل الأخرى
أنه كالآمر بالتعجيل فلذلك لم يضرب إلا فروقا يرى أنه أراد بيمينه
وليس كذلك الذي حلف على فعل نفسه فإنه لم يعم عنه التعجيل وإلا كلاف
عنه فحكم ما زعمه الإيلاء في ابن فيما يترك وكيهما قاله الشيخ أبو القاسم
ابن محرز رحمه الله وإنما قال في الظاهر إذا دخل عليه الإيلاء بسبب امتناعه
من الكفارة وهو قادر عليها فيبينه تكفير لا الوطء وفي خروج ابن بلاد بعينه
وهي بن الحالف على ترك الوطء إذا وكان عنده ابن فشل وإنما يعني مطلقها

متفقات الإيلاء ...

بالكفارة

هكذا لم يحكم من ذلك وكان بمنزلة الظاهر الذي يسأل ... الا بفعل الصيام
... بالتعجيل صحيح

بالكفارة وأما الظهار منها ففيه إذا وطئ فيرتفع عنه الإيلاء بل ينبغي أن يكره والله أعلم قاله في التوضيح

فروق كتاب الظهار

وإنما قال لو قال إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي يلزمه الكفارة وإذا قال كل امرأة أتزوجها طالق لم يلزمه شيء، وكان له أن يتزوج مع أن الجميع مانع للوطء، لأن الطلاق لا يمكنه اشتغاله عن نفسه فلذلك لم يلزمه لأنه يفضي إلى منع ما أبيح له والحرج المنفي عنه إن لزمه إذ له نكاح الإماء لأجله والكفارة يمكنه اشتغاله عن نفسه بالكفارة ويحصل بها إلى ما أبيح والله أعلم، وإنما قال مالك إذا ظاهر من أجنبية لم يلزمه إلا بشرط التزوج وإذا الزوجة لزمه إلا بملك حين تزوجها وكلاهما يمنع الوطء، لأن حقيقة الظهار تشبيه من يحل وطئه بمن يحرم وهذا المعنى لا يوجد في الأجنبية لأنها محرمة عليه فجعل تشبيه محرم بمحرم وذلك عبث فلا رفع له الكفارة فلم يلزم وليس كذلك الإيلاء لأنه يمين على ترك وطء، وهذا المعنى موجود في الأجنبية كوجوده في الزوجة وإنما حكموا بانقطاع التتابع بالفطر في كفارة القتل والظهار والإثنين ولم يحكموا بانقطاعه بالسهو لأن السهو يعرض في كل جزء من أجزاء الصوم فيعسر التحرز منه بخلاف الفطر فإن الفطر معه ضرب من التعمد لأنه لا يعرض في أجزاء الصوم كالنسيان، لم يطلقوا بأن النسيان لا يقطع تتابع الصلاة، وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سلم من ركعتين ثم قام إلى خشبة معروضة في المسجد وتكلم على غير الصلاة فكان ثم منه مراجعة ثم بنى على ما تقدم ومضى من صلاته فلا نظر لفرق بين تتابع الصلاة وتتابع صيام الكفارة على القول بأن النسيان يقطعه وإنما قال ابن عبد الحكم إذا قال في مرة كل امرأة أتزوجها عليك فهي علي كظهر أمي عليه كفارة واحدة، وإذا قال كل امرأة أتزوجها عليك فالمرأة التي أتزوجها عليك كظهر أمي فكلما تزوج امرأة فعليه كفارة وفي كلا الأمرين معنى نذر على الكلام بل التزويج لأن من قال كل امرأة أتزوجها فرجع بمنزلة في الظهار

فهو كما لو قال لنسوة له أنتن علي كظهر أمي فليس عليه إلا كفارة واحدة لاشتراكهن
فيه في الظهار وليس كذلك إذا قال بالمنزلة التي أتزوجها عليك لأنه أفرد
كل واحدة في الظهار ولم يرد الاشتراك فيكون بمنزلة من قال لأربع نسوة له أنت
علي كظهر أمي وأنت كظهر أمي حتى أتى على آخرهن فإنه عليه أربع كفارات لأنه أفرد
كل واحدة منهن بالظهار ولم يشرك فيهن وإنما قالوا إذا قال لامرأته أنت
كأمي ثلاثا وأنت علي كظهر أمي فلا كفارة عليه وإذا قال أنت علي كظهر أمي
وأنت كأمي ثلاثا عليه الظهار إذا عادت إليه مع أن الجميع كلام واحد
كملا لأن الطلاق لا يقع ولا يتوجه إلا بوجود حقيقته وحقيقته تشبيه
محلل بمحرم ولا يلزم من أجنبية لأن معناه لا يوجد فيها وإذا قال في امرأته
كأمي ثلاثا إن دخلت أجنبية فلا فرق بين كلامه فيهما وبين تقديمها فلم يتوجه
وإذا قال أنت علي كظهر أمي فقد وقع الظهار ومتى تزوجها فيلزمه ذلك وإذا
حنث بعد كملا ولم يزل به ما قد ترتب عليه وإنما قال في الكتاب إذا قال لغير
امرأته إن تزوجتك فأنت كأمي وأنت علي كظهر أمي لا يلزمه كفارة وإذا قال لها أنت
كأمي كالأم لزمه الثلاث لأن الكلام لما كان من جنس واحد عد كأنه وقع
في كلمة واحدة ولا كذلك الظهار والطلاق فإنه لا يمكن جمعهما في كلمة واحدة قاله
ابن أبي زيد رحمه الله وإنما قال في الكتاب في القائل لزوجته أنت كأمي ثلاثا وأنت
علي كظهر أمي يلزمه لأن القائل في أجنبية لم يقع عليه بنفس لفظه وإنما كان أمره
مرتقبا فإذا حصل منه النكاح فقد وقع الظهار والطلاق معا بعد النكاح لأنهما
توجها عليه في عقد فلزمه والذي قال لزوجته أنت كأمي ثلاثا بنفس هذا اللفظ
وجب تحريمها إلا بعد وقار لفظ الظهار فلو الطلاق وأما في غير وجه وأما
مسألة الأجنبية أو لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت كأمي ثم قال لها إن
دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فنفس هذا القول لم يتعلق عليه حنث فإذا
دخل الدار فيه ثم دخوله الدار وقعا معا الحنث والظهار فيلزمه جميعا تشبيها
مسألة الأجنبية وإنما قال ابن القاسم في الكتابة نعم إن الظهار لا يلزم

فيهما وقال في الجواهر من يسلم وتحته مجوسية فظاهر منها ثم اسلمت بالقرب ان الظهار
يلزمه فيها مع انه في كلا الحالين معين كظاهر من لا تحل له وكنها حالتا الكفار وفي
المجوسية لم تخرج بعد عن عصمته واذا كانت قد خرجت بالشرع انما نفسها وعجز عنها بسبب
ردتها الى ملكه واما على قول المذهب انه لا يلزم في المجوسية فلا يحتاج الى شيء من هذا
الفرق وانما قال مالك تنصرف كنايات الظهار الى الطلاق ولا تنصرف كنايات الطلاق
الى الظهار مع ان كلا منهما كناية لان الطلاق يصير معنى لا يصير الظهار وذلك انه
يقطع العصمة فكانت رتبته ارفع من رتبة الظهار فلم يصح ان تنصرف كناية الى
الظهار لانه دونه في الرتبة فلا ينصرف اليه فوق الى ما هو دونه وصح انصراف
كناية الظهار الى الطلاق لانها تنصرف الى ما هو اعلى قاله ابن بشير وغيره تنبيه
لا يقال هذا المعنى موجود في صريح الظهار ومع ذلك فلا ينصرف الى الطلاق
لانا نقول المعنى في الصريح اللفظ واللفظ لا يصح صرفه الى غير ما
وضع له الا على ضرب من المجاز والكناية المعتبر فيها المعنى هاذ ولعلهما على
المشهور المنصور وانما اوجبوا الكفارة بالعتق في الظهار على من له دار وخادم
لا فضل في ثمنهما وان كان محتاجا اليهما واباحوا لمن عنده هبة اخذ الزكاة لان
الله تعالى لم يجعل له الانتقال في كفارة الظهار بالفقر والمسكنة وانما علقه بعدم
الوجدان فقال فمن لم يجد وهذا واجد حقيقة على من عنده دار وخادم بل على من لا عوض
على الرقبة بوجه وايضا المصلحة في الباب مختلفة فان المصلحة في كفارة الظهار
الزجر والردع عن الوقوع فيما لا يجوز ومقابلة ما يحصل من الثواب على الصدقة في التكفير
لما عليه من الاثم في المنكر من القول والزور فتقع الموازنة فيحصل السلامة فناسب
ذلك التشديد ولا كذلك الزكاة فان المقصود من اخذ فيها ابن ربا وسد الخلة
وحفظ المال فيقال اخذها من اغنيائهم وردها على فقرائهم فناسب ذلك التخفيف
للفقراء الجموع والرحمة للعباد قاله ابو عمران

فرق كتاب اللعان

واعلم ان اوجب الله سبحانه على قاذف المحصنات المومنات من العقوبة اذا لم يكن

زوجا ولم يوجب ذلك على الزوج اذا اضاف الى امراته انها زنت لينفي الولد
منه مع ان الجميع قذف لان بالزوج حاجة وضرورة الى ذكر هذا لينفي عن نفسه النسب
والحدود كتفي الشرع منه في نفي الحد عنه والنسب بيمينه اربع مرات على حدود عدد ل
رفقايه وانما قال اصبغ اذا شهد الزوج على زوجته بالزنى مع ثلاثة رجال
فرجمها القاضي ثم عثر على ذلك انه يرثها واذا كذب احدهما نفسه قبل تمام
لعانهما حدا على الزوجية ويتوارثان لان البينة موجبة للرجم ومجرد الدعوى
في مسئلة اللعان لا يوجبه لانها قادرة على دفعه قاله التونسي وانما قبلوا
قول الرجل اذا عاد الى اللعان بعد نكوله ولم يقبلوا قول الزوجة اذا عادت
بعد نكولها على قول سحنون وابن الكاتب وابي عمران لان الزوج مدع على زوجته
ومدعى عليها فاذا نكل الرجل كان مدعيا عنها وايضا فانه لم يتهم في بذل اللعان
بعلم البينة واما هي فانها مدعى عليها فاذا نكلت فقد صدقته واتهم امرها
قاله في التوضيح وانما قال بعض المتاخرين اذا نكلت المراة عن اللعان بعد لعان
الزوج ثم ارادت ان ترجع الى اللعان فلها ذلك واذا نكل الزوج عن اللعان ثم اراد
ان يرجع اليه لم يكن له ذلك مع ان الجميع رجوع بعد نكول لان نكول المراة عن
اللعان كان فيه اقرار منها على نفسها بالزنى ولها ان ترجع على ان في اقرارها ونكول الزوج
عن اللعان كان فيه اقرار منه على نفسه بالقذف وليس له ان يرجع عن اقراره به وانما
اتفقوا على ان الشهود لا بد لهم من وصف الرؤية في الزنى كالمرود في المكحلة واختلفوا
في الزوج هل يصف الرؤية ام لا لان الزوج به ضرورة الى القذف لنفي الولد عنه وليس
كذلك الشهود اذ لا ضرورة بهم اليه وانما قالوا اذا نفى حملا ولم يدع استبراء
للزوج بكر من اللعان واذا نفى الثيب حملا فيه ولم يدع استبراء لم ينتف الولد وكل
منهما قد اتت من حمل لم يستبرئها قبله فيه نفي ولد اخر يستند الى اللعان وهو
شهادة اربع شهادات بخلاف دفع الاستبراء ولا كذلك ولد [illegible] اذن لعان
فيه واذا اشتهى يقول الثيب ليس الولد مني فلم يدع استبراء فلا ينتفي قاله
الشيخ ابو الحسن اللخمي وانما قال اصبغ الحمد عن انه يزكي في صفة رؤيته

رؤيته

كالمرود

كما هو في التكملة ولم يذكر في المرأة ذلك لان اخبار الرجل تشبه الشهادة على
المرأة بالزنى ولذلك احتيج عندي فيها الى الصفة واما المقصود من المرأة المطلع على نفي
قول الزوج فذلك حاصل فيهما على نفي الرؤية فان ذلك من باب نفي الاعم ونفيه
يستلزم نفي الاخص فهو اذا نفى انه رآها فقد انتفت الرؤية بالصفة
واما اكتفوا بحيضة واحدة في براءة الرحم الملاعنة ولم يكتفوا بها
في المغتصبة فلان الولد فيها منفي باللعان فينبغي ان لا ينتفي الا باعلى
المراتب لان المطلوب فيها براءة الرحم لينتفي النسب وحيضة واحدة فيه
كافية ولا كذلك المغصوبة فانا نعتبر فيها براءة الرحم وسر الاستبراء
فلذلك كان استبراؤها بثلاث حيض وفيه نظر وايضا الاستبراء فيها ليس بقوة
لبراءة الرحم فاشبه استبراء الامة وانما قال ابن القاسم اذا تصادق
الزوجان على الغصب ان الولد لا ينتفي الا بلعان واذا تصادقا على الزنى
فانه ينتفي بغير لعان لان الزانية لما كانت مقرة بالزنى انتفت
عنها التهمة بخلاف التي اقرت بالغصب فانها لا حد عليها فلم تتهم
في دفع النسب قاله في النكت تنبيه قالوا لو رجعت التي اقرت بالزنى
قبل حدها كانت مثل المقرة بالزنى وصدقها زوجها وانما اختص الرجل
باللعان والمرأة بالغضب لان قاعدة الشرع المجازاة على الفعل من جنسه فيشهد
لذلك قوله تعالى فلما اعتدى واتقى الجزاء الآية وقوله ومنهم من عاهد
الله الآية وما ورد في الحديث من قتل نفسه بشيء عذب به يوم القيامة ومن
حلف باللات والعزى فليقل لا اله الا الله ومن قال لصاحبه تعال اقامرك
فليتصدق وذلك انه لما حلف بغير الله فقد عظمه فكانت كفارته
التوحيد ولما قصد الاخراج اخراج ماله في غير وجهه فكانت كفارته ان يخرج
ماله في وجهه ولما كان الزوج يقصد الزوجة ولنسبه ناسب ان يذكر اللعان ولما
كانت الزوجة مغضبة لزوجها ولربها ناسب ان تذكر الغضب والله
اعلم وانما قال اصبغ فيمن تزوج امرأة في العدة قبل حيضة فاتت بولد

لانه في الاول ابى ان ينفيه بلعان قبل الحمل لئن تلتعن ثم وجبت عليه للابد وان لم
تلاعنه وقال في رجل لاعن ثم اقرت المرأة بالزنى لم يحد عليه لان اقرارها مثبت بالزنى
على نفسها ايكمل حكم اللعان الذي التعنه الزوج وكان ذلك كمثل ما لو تلاعن حتى اقرت
المرأة بالزنى او الزوجية فانه وحكم اللعان في مسئلة الخنثى لم يكمل بل موتها بنا وفيه
نفي الزوج الولد بل يغير ذلك فهذا مفترق وقال عبد الحق عن بعض شيوخه وانما
منع عبد الملك اللعان في الحمل لجواز انفشاشه ولم يمنع القضاء للمكلفة بنفقة
الحمل اذا اكمل عليها ورد القضاء للمشتري بالرد اذا اشترى جارية وكتمه حملها
مع ان يجوز ان انفشاش الذي اعتل به موجود فيهما لان اللعان تترتب عليه امور
عظام من فسخ النكاح وتابيد التحريم ووجوب الحد ولا كذلك النفقة والرد بالعيب
قاله في التوضيح وانما قال ابن المواز اذا لاعنا ثم قذفها لا يحد ولزم القاذف
ثم قذفه ثانيا فانه يحد لان اللعان بمنزلة احدهما كاذب ابدا انه لا يدري من هو منهما فاذا
قال الزوج ما كنت الا صادقا لم يحد اذ لعله كان صادقا والقاذف انما هو تكذيبها
له فاذا قال كنت صادقا فهو قاذف مبتدأ فيجب ان يحد ثانية اخرى قاله ابن القاسم
من الكتاب وانما لا ينتفي ولد الحرة الا بلعان وينتفي ولد الامة بلا لعان مع ان الفراش
في الجميع موجود لان الحرة اعلى مرتبة من الامة وكان حكمها خلاف حكم الامة وانما لم
يلحق ولد المملوكة بالسيد الا ان يقر بالوطء ويلحق ولد الزوجة بالزوج وان لم يقر بالوطء
مع ان الوطء في كل من الموضعين مباح له لان الزوجة تصير بالعقد فراشا في حق ولحوق نسبه
لثبوته العراشر والامة لا تصير فراشا الا باقرار السيد بالوطء واقلها فقد الملك فلا
يوجب لها فراشا لان له ان يملك من لا يحل له وطئها ولا يجوز ان يتزوج من لا
يجوز له وطئها وانما قال في المدونة في النصرانية تلاعن وقال في الصغيرة لا تلاعن
مع انهما جميعا لا حد عليهما ان نكلتا عن اللعان لان الصغيرة غير مكلفة ولا يلحقها
حد ولا عقوبة ان رمت فنكلت لان نكولها كاقرارها ولما كانت اذا اقرت لا يتعلق
باقرارها احكام كان كذلك نكولها ولا كذلك النصرانية فانها وان كانت لا يلزمها
حد بنكولها لان فيلا الحد فيه فانه يتعلق باقرارها عليها الاحكام فاذا نكلت كانت

كالمقر

كما تغرب بالحد ونلزمها العقوبة تحيا لها زوجها المسلم وما ادخلت عليه في فراشه
من الناس من نسبه وايضا النصرانية يلزمها الحد في دينها اذا زنت فكذلك اذا
نكلت ولا نعيرها ان ينقلب عليها شيء بافرارها. تنبيه قال ابن محرز ومثل
البعض غلط لانا ان نرد ما الحكم عندهم في مثل الحد عنها اذا نكلت ولو علمنا انهم
يحدونها لم يكن لنا ان نكلفها باللعان لاجل انها اذا نكلت عنه حدت في دينهم لان
ذلك يكون منا معونة على احكامهم واقامة حدودهم وذلك مما لا يجوز لنا فعله قال
بعض الشيوخ في هذا الذي قاله ابن محرز نظر لان تكليفهما باللعان خوفا عليهما من عقوبة
اهل دينها ليس فيه معونة على اقامة حدودهم وانما فيه التخلص من اقامة حدودهم
بلعانها ه. وانما تعتد التي ترى انها غصبت ومن نعتها زوج ولا تعتد منها
كمن بها من حمل وفي تعتد التي لا زوج لها ان كانت حبسا نزل بها وبلغت من
فضيحة نفسها مع ان كل واحد منهما اذا عتقت ما اذ مل خلاف وهو الكفو اعية
في ابن فعلل لان التي تعتد زوج لو شاء كان يمكنه بزوجها ولا تهمة فلاف
ان حري فانها تتهم ان بقرينة مثال ونحوه

فصول كتاب العدة

اذر

وانما وجبت العدة وان علمت براءة الرحم ولم تجب الاستبراء ان لم تعلم
براءة الرحم في الاستبراء معقول المعنى ما شرع الا لبراءة الرحم فاذا حصلت فلا
حاجة الى الاستبراء بخلاف العدة فان فيها معنى التعبد فلذلك العدة وان علمت
براءة رحمها لا بد لها من العدة للمعنى التعبدي الذي فيها وان كان في الجملة شرعت لبراءة
الرحم وعدم اختلاط الانساب في هذا الوجه كالاستبراء ولكنها لم تخل عن شائبة
التعبد فلذلك افترقا والله اعلم وانما قال الفقهاء عدة الوفاة تخلو الريبة
وعدة الطلاق بغير الريبة وكلاهما عدة لان العدة في الطلاق اقراء والشهور بدل منها
ولا يصح ان ينتقل الى البدل ان وقع عدم المبدل منه فلا يقوم البدل من العدة وهو الاقراء
ان يصح الاستبراء لان ذلك يعلم انها من اجل الشهور والعدة الوفاة من ... وذلك
غير متوقف على شيء يتوقع لان العدة في الوفاة المقصود منها الشهور لان العدة في الطلاق

المقصود منها ابتداء، وانما قالوا اذا رجع المختلع ثم طلق قبل البناء فانها
تبني على عدتها، واذا ارتجع من الطلاق الرجعي ثم طلق قبل البناء فانها تستأنف العدة
في كلا الموضعين وهو الطلاق قبل الدخول لان المختلع تزوج زوجة مبتدأة وطلق قبل
الدخول فاشبه من تزوج وطلق قبل الدخول فانها تبني على عدتها الاولى وليس المرتجع
كذلك لان الرجعة ليست بنكاح مبتدأ بل احكام الزوجية باقية بينهما فلذلك
استأنفت العدة، وانما ساوت الامة المتوفى عنها الحرة في وجوب الاحداد ولم
تنتصف فيه كما في العدة مع ان الكل واجب من الزوج لان الاحداد انما هو الامتناع
من الزينة والطيب ولبس المصبغات ونحو ذلك فلم يشترك بين الحرة والامة وان كانت
اتى له الحدود امرا واجبا عددا كذا فالاحداد امر لما منع من الطيب استوى في ذلك
الحرة والامة، وان كان الاحداد في الحدود امرا وان العدة من علامة العدد فلما تناصفت
العدود تنصفت العدة، وانما اوجبوا العدة على الصغيرة المطيقة للوطء وان
كان يؤمن عليها الحمل على المشهور خلافا لابن لبابة وابن حبيب وجماعة من التابعين
ولم يوجبوها على امرأة الصغير الذي لا يولد له ولو كان الوطء لان الصبي لا ماء له فصار
فلا يولد له فكما ونفي الولد عن الصغير والمطيقة للوطء لا ينتفي الحمل القطع فيها بسبب
ابن قتيبة فقال اللخمي ذكر بعض اهل العلم انه رأى جدة بنت احدى وعشرين
سنة وعرفت ان ذلك في بلاد مكة كثير البيعين، وانما قال مالك وابن القاسم وابن
عبد الحكم واصبغ في المريضة تعتد في مرضها ان لم تر الحيض سنة كاملة تسعة اشهر ثم
ثلاثة، وفي المرضع اذا لم تر حيضا ولا حملا في زمن الرضاع تتربص لما بعد الفطام فاما حيض
واما سنة بعد المرضع لم تقدر على ان تزيل ذلك حتى يرجع اليها الحيض بان تستأجر
لولدها من يرضعه وتترك هي الرضاع حتى يرجع اليها دمها، والمريضة ليست بتلك
المنزلة اذ ليس لولدها ازالة مرضها قاله ابو عمران، وانما قال اشهب عدة المستحاضة
سنة وعدة المرضع والمريضة اما حيض واما سنة بعد الفطام والبرء مع ان الاستحاضة
مرض يتوقع له برء فاشبهت المريضة فالسر واذ هو بعد زوال ان المستحاضة عمتها في
الغالب وليس كذلك البرء في المريضة لان الغالب فيها البرء بخلاف المستحاضة فلا

غلب من عادة الكراء اجرة من اهل البلد قاله ابو عمران وانما اجازوا بيع المعيرة
والمسروقة ومنعوا بيع المستأجرة والمعتكفة لان المعيرة والمسروقة كذا فيهما ولهم
بيع لهم فيهما الا الامتناع بخلاف المعتكفة والمستأجرة وانما منع في
المرهونة البيع بشرط زوال الريبة خلافا لسحنون واجاز ابن رشد بشرط ربعا للأن
المرهونة فليحرر في كراء ابن رشد في الحاضرة ولا كذلك دار سكنى المتوفى عنها وانما
تعتد امرأة ابن مبهج في دار ابن مازن ولا تعتد امرأة اقام الطلاق في دار ابن ماعة لان
سكنى ابن قلام على معنى ابن مازن بخلاف الامارة قاله عبد الحق وانما اجرة
ابن قلام مكروهة ولا كذلك الامارة قاله ابن الحاجب وايضا امرأة الاجير
لها حق في منافع الحال بخلاف دار الحبس قاله ابن رشد تنبيه قال ابن زرقون
منزلة اذا كانت الدار حبسا على الحبير حبسا مطلقا واما ان حبست على الحبير
فدار ابن قلام اذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة كما في دار الامارة وانما
قالوا عدة الصغيرة في الوفاة في الموضع الذي كانا فيه عند ابويها قبل الوفاة
وليس لهما ان ينتقلا بها وقالوا لسكنى الامة المتوفى عنها زوجها ان ينتقل بها لان
العدة في الحرة فيهن لولي نكر وقد ان من نقلها بها وان يتركا بالموضع حتى تصلح للبناء
وليس للاب ان يخرجها بالمغرب ويشغلها الى المشرق بطلب الزوج ان يطلبها
هناك عند الدخول فاذا لم يكن ذلك لأنهما مع بقاء العصمة لم يكن له ذلك بعد
الوفاة فلو انتقل ابن بوادي الى موضع قريب مما كان ينتقل منه قبل الوفاة لهم
ينتقل منه بعد الوفاة قاله اللخمي تنبيه قوله ولو انتقل ابن بوادي الخ قوله
لم ينتقل منه بعد الوفاة فيه نظر لانه لا يلزم من انتقالهما بها في الحياة انتقالها
بها بعد الوفاة لحق الله تعالى في ملازمة المسكن في العدة وانما ردة عمر رضي الله
عنه ومالك في العلماء ان خرجن من التربص في زمن العدة فقدم على زمن فرض
الحج وان قلنا انه على الفور فجعلوا حول التربص اكثر من فرض الحج لان حق العدة لله
تعالى لم اللذي في مبالغة قاله وحفظ نسبه وحق الحج حاصل لا سبحانه من احكام
الفراق ابن العربي رحمه الله تنبيه وانما لم يقف من الدين عند السبع في

[illegible]

الحسن اللخمي قال أرى على القول أن الحج على الفور يكون عليها أو تعتد لما خرجت إليه
وإن لم تكن أبعدت عن بلدها إذ مات زوجها وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج
وقد روي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس والحسن البصري وأحمد وإسحاق
للمعتدة أن تحج في عدتها من الكلام وإنما قال في المدونة في التي تخرج إلى السواحل
والرباط مع زوجها ولا بد أن تنقل لما مات الزوج في الكرى أنها ترجع إلى بيتها
تعتد فيه قربت أو بعدت أو قدر ملك وقال في التي مات زوجها في خروجها إلى الحج
وقد سارت اليومين والثلاثة وما قرب ترجع ولو بعدت كافريقية من الأندلس أو
المدينة من مصر مضت لأن الحج فرض عليها يلزمها وليس الرباط والغزو فرضا عليها
فيه مما به تحصل من الغنيمة شيئا وإن حجها تكون غدا فله وجه آخر وأيضا المرأة في
الغزو والرباط تبع للرجل إذ من شأن النساء أنهن يخرجن مع الرجال وأما الحج فالرجال والنساء
فيه متساوون وقد يكون بعضهم تبعا لبعض فإن بين الشارع ذلك قاله ابن عمران تنبيه
قال في الشيخان وتمثيله في الكتاب في التي تخرج للحج في عدتها من القرب والبعد نصه
بعضهم إلى أن ذلك في الفرض دون النفل وأن النفل ترجع فيه وإن بعدت كخروجها إلى
الغزو والكلب عن الرباط وإليه نحا أبو بكر بن عبد الرحمن وسوى غيره بين الفرض والنفل
خلاف الغزو والرباط ومن فرق بين ذلك بعد وجهه والأول أصعب قلت وهذا
الخبر هو ابن عمران وتلامذته يضعف هذا القول وإنما قال في التقسيم ليحيى
إذا اكترى الدار سنة ولم ينقد شيئا فإنه لا يسكن لها وهو كلام المدونة ونص ما في
كتاب ابن المواز وإذا اشترى دارا بدين فانهدمت أو [illegible] للشكني لأن ما اكتراه للمبتاع ليس
بكامل [illegible] ينشئ من هدم الدار في أثناء المدة فينفسخ الكراء قاله بعض متأخري شيوخ
قلت يريد لأن ضمان [illegible] من رب الدار وضمان الدار المشتراة [illegible]
بالعقد المشتري إذا خلصت له ولم يتعلق بها للبائع حق لأن المشتري لو مات لكان البائع
أسوة الغرماء، وفي شراء المنافع حق تابع لمنافعها فتعلق بها إذ لا تقبض إلا شيئا فشيئا
وهو أحق بها في المذهب على [illegible] كبير من شيوخ المذهب وإن كان الشيخ أبو الحسن اللخمي
رحمه الله قال إن المكري لا يكون أحق بالمنافع بل يتحاص بجميع الغرماء وهو أحد [illegible]

وإن

وان لم يكن عليه غرماء بيع للمكري ولم يكن له اخذه بما نقده بما ذكرنا عن غير اللخمي
انما وقع في الدار عن قرب فيتهمان البنا عنه بذلك والله اعلم تنبيهان الاول
لما لم يظهر هذا الفرق عند بعض عبد الحق رد مسألة الكراء الى مسألة الشراء ومثله
في رواية ابن مزين وابن وهب وعلي عن مالك اذ قد وجب الكراء في ذمة الميت فاشبه
دارا يملكها المشتري فاعجب من ابن القاسم رحمه الله كيف قال ولا اعلم بينهما
فرقا غير اتباع مالك على جوابه وقد وقع ان هذا الفرق فيما سبق قوله ان قبض الاوائل
ليس قبضا للاواخر وانما يتوهم استشكال الفرق بينهما على اصل اشهب في ان قبض
الاوائل قبض للاواخر والله سبحانه اعلم الثالث افتى الشيوخ من اشتراط
النقد على كثير من المدونة في هذه المسألة ان المكتري دارا الى اجل بثمن بعينه يعني
انقضائه ثم مات قبل ان يستوفي في السكنى ان الثمن لا يحل عليه بموته وانما يلزم
الورثة الكراء على حسب ما يلزم المكتري خلاف ما في المدونة قالوا ولو وجب ان يحل
بموته لم يكن للورثة قبل ان ينقد معنى يعقل قلت قد يقال لا يلزم من اشتراط النقد
في الحياة عدم حلول الوجيبة بعد الممات بل تلزم حلولها والفرق بينهما بان نقد
الزوج في الحياة كعطية من الزوج لزوجه فرقت بينهما وهو صور في المكري عوض
المنافع في حياة الزوج المعطي وقبلها وبعده فكانه اشترى لها منافع الدار بثمن
وهبه لها وتم الحوز فيه بقبض المكري في صحته وقبلها حيازته خلاف ان لم ينقد حتى
مات فانها كعطية لم تقبض وان قلنا ان الزوجية تحل بموته بقوله بينهما فرق وبه تزوج
ابن فارة ولو كان الخلاف في المسألة فهو منصوص خارج الكتاب انظر اجوبة ابن رشد وانظر
اشتراط ابي عمران براءة مع النقد على هذا الفرق لا وقد جعله تفسيرا وانما
اكتفي بقرء واحد في الاستبراء ولم يكتف بشهر واحد فيمن لا تحيض بل لا بد من ثلاثة
اشهر مع ان الثلاثة اشهر انما جعلت مكان ثلاثة قروء لان القرء الواحد دال عادة على
براءة الرحم فان الحيض لا يجتمع مع الحمل غالبا والشهر الواحد وان كان عوض قرء واحد لكنه
لا تحصل براءة الرحم به انما تحصل بثلاثة اشهر ولذلك اعتبرت ثلاثة اشهر في ابن استبراء
من واحد فيه ايضا والقرء الشهر الواحد فيمن لا تحيض او لا دلالة له على البراءة وانما

يجوز للسيد ان يزوج امته التي لم يطأها بغير استبراء وللزوج ان يطأها بغير استبراء وليس للمشتري ان يطأ امة التي لم يطأها سيدها حتى يستبريها لان النكاح اوسع من ذلك فيتصرف في باب النكاح ولا تصرف في باب الملك ولا يتصرف فيهما لتعلق حق المشتري بالثمار والعتق على البايع ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يوطأ حامل حتى تضع وكذا من اراد عتق امته اذا كانت حاملا حتى يعلم ذلك حقيقة بدليل اما بشهادة النساء او غير ذلك واما في النكاح والله تعالى اعلم على ذلك

فروق كتاب الرضاع والنفقات والحضانة

وانما قال ابن بكير فيمن تزوج رضيعتين او اكثر فلم يعلم امرأة ان يختار واحدة منهن وترفع الحرمة بينه وبينهن ومن عقد على اختين في عقد يثبت نكاح الاولى ويصح نكاح ابن خيرة لان اجتماع الرضيعتين او الرضيعات في حكم الرضاع ولو تقدم رضاع احداهن في الوجود كانهن في عقد عليهن عقدا واحدا بناء على ان الزوج كان نشاء وانما قال مالك في مسائل الرضيعتين يختار منهما واحدة ولو كانت ابنة حين له واذا عقد على اختين في عقد واحد له يصح نكاحهما لان العقد في الاختين وقع فاسدا والرضيعتين وقع صحيحا وهو بناء على ان الرواية ليس كان نشاء والله اعلم وانما وجب الفراق بقول الاب رضع فلان مع ابنتي ولا يجب بقول الام على مذهب ابن القاسم فيهما لان الاب لما كان اليه عقد النكاح كان مقرا ان عقد النكاح الذي يريد فاسد لا يجوز اقراره وليس كذلك الام اذ ليس بيدها ذلك وكذلك القول في الوصي لان عقد النكاح اليه بمنزلة الاب قاله عبد الحق وانما تجوز شهادة المرأتين في الرضاع مع الفشو ولا تجوز مع عدمه لان المرأتين اذا لم تذكرا ذلك في عدم اشهرهما المنوي فقد كتمتا حقا من حقوق الله تعالى لان بعض الشهود بكتمانهما ذلك خلافا لقوله اولا فيبين الزنا بل ومن ذكرهما الا عنده انها للمشهود الغائب بشهادة تمس فانه لا يجوز ان يكتموها عنده عند سؤاله اداء الشهادة وايضا فسكوتهن على خلاف عادتهن لان الغالب من حال النسا ذكر ذلك فلو نوفر لم يكثر ذلك قاله الشيخ ابو القاسم بن الكاتب رحمه الله وانما استثنى ابن القاسم في المدونة في نشر الحرمة باللبن الوجور

الى يجوز من النفقة ان يكون غذاء له لو لم يطعم ولم يسق لم يشبعه ذلك في الصيام
لان المراعى في الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم ولا كذلك في افطار الطاعم فانه
لا يشبعه فيه ذلك بل قد يصل الى محل الطعام والشراب خاصة بما فيه فلذلك نقله
في التوضيح وانما تجب نفقة الزوجة مطلقا غنية كانت او فقيرة على زوجها
ولا يجب نفقة الولد والوالدين مع الغنى لان نفقة الولد والوالدين من باب المواساة
ونفقة الزوجة من باب المعاوضة وانما قال في المدونة اذا خالع حاملا فلزمته
النفقة ثم مات انها تنقطع عنها بموته بخلاف السكنى فانه لا ينقطع بموته لان
النفقة هي للحمل عليه وبعد موت الاب صار الحمل وارثا فلم تجب له نفقة في مال الميت
بخلاف السكنى فانه حق تعلق بذمة المطلق لمطلقته فلا يسقطه الموت كسائر الديون
قاله القرويون وانما اوجب ابن القاسم في المدونة للناشز النفقة ولم يوجب
للمعتدة من طلاق وفاة الكراء اذا طلبت زوجها وقد خرجت من منزلها في العدة الى غيره لان السكنى
متعينة لها في مسكن الطلاق الذي فيه فليس لها ان توجب في ذمته ما لم يكن واجبا عليه قاله
ابن رشد تنبيه قال ابن عرفة ومن هذا يؤخذ نقل عياض عن ابي عمران العبروياني بقاء المعتدة
في المنزل هو لحقه وبقاء متاع الزوج هو لحقه قال وقال نحوه ابن عبد الرحمن وخالفه في
التعليل فقال حق السكنى هو لها وانما قالوا في الزوجة تنفق على زوجها او اجنبي لا
ترجع بالسرف من طعام وغيره بل بالمعتاد واختلفوا في مسألة مشتري الدار على ان ينفق على
البائع حياته هل يرجع المشتري اذا فسخ البيع بالسرف او لا لان القضية في مسألة الشراء
يرجع بها على ما هو له حق في الذمة لاجل البيع او لاجل الاشتراط ولا كذلك نفقتها
على زوجها او اجنبي قاله ابن محرز وغيره تنبيه قال ابن رشد وابن عبد السلام انما
يتم هذا حيث تقول المرأة قصدت الرجوع بما انفقت ويقول زوجها والاجنبي انما
كنت انما هلكت ولم يقبل ذلك منهما بعض لها واما ان اتفقا فقد المنفق والمنفق
عليه ان النفقة على الرجوع فلا يتفق ذلك العذر وتعقبه ابن عرفة بوضوح المكايسة
في البيع وعدمه في مسألة اتفاق المتعاقدين على الرجوع كالعذر بين صريح البيع وهبة الثواب
وانما اوجب في المدونة الرجوع للزوجة على زوجها بما انفقت عليه موسرا كان او

معسرا ان يرى انها بمعنى الصلة او المكافأة ولم يوجب لها الثواب الا ان يعلم
انها ارادت الثواب لكونه فيما مضى بنفقته فيما هو ضروري او حاجي والقيام بالسنة
فيلزم بأداء عليها بما يشبه السرف في اجل نفاق قاله ابن عرفة وانما استشكلوا
نفقة القرابة بمرور الزمان لانه ان يفرضها القاضي ولم يستشكلوا نفقة الزوجية
بفرضها القاضي او لم يفرضها لان نفقة الزوجية ثبتت في الذمة ونفقة القرابة
لم تثبت في الذمة وانما هي متعلقة بالمال بعد الحكم قاله بعض الاشياخ وانما
وابو الشيخ ابو الحسن القابسي ابا محمد بن ابي زيد في الكلام على الحكم بالنفقة اذا كان
حاضرا وغائبا له اذا كان حاضرا لان الحاضر فراشنا هل الحاكم حجته والغائب عسى
ان يكون له حجة تنبيه قول الشيخ ابي محمد هو رواية عن ابن القاسم وبها القضاء
هو وعليها العمل والفتوى وبالتاخير اليوم ضروري في الحاكم وانما قال في العتبية المعنى
والموت اذا ارضيتا بالتاخير بغرابه حال الحاكم اجلا اخر لعلها ان يكلفها عند ابانة جل الثلاثة
ولا يستانف لها ضرب اجل اخر اذا رضيت بالزوج ليكلفه عليه بعدم النفقة فقالت امراته لا عو
تكلفني عسى الله ان يرزقه فمكثت اياما ثم طلبت كلامه ليس لها ذلك وتتلوم له
ثانية لان الاجل المعتبر هو الاول في هذه سنة متبعة لا مدخل للاجتهاد فيه فاذا حكم الحاكم
بما فيها لم ينقض حكمه القاضي بتاخيرها فاوجب لها والتلوم للعاجز بالنفقة
انما هو بالاجتهاد فاذا رضيت بالمقام معه بعد تلومه له فلها ذلك التلوم وزوج
ان تكلف عليه ابنه بتلوم اخر قاله ابن رشد وانما قال في الكتاب تضرب الزوجة
بما انفقت على نفسها مع الغرماء ولا تضرب بما انفقت على ولدها لان ما انفقته
على نفسها واجب على زوجها سواء كان مليئا او معدما فلا مراد لا بخلاف نفقتها على ولدها فانه
من باب المواساة لا تلزمه الا في يسره وقضاء القاضي بها تنبيه قال ابن يونس
رحمه الله وعلى هذا قول اشهب الذي جعل نفقة الولد كنفقة الزوجة سواء تضرب
الزوجة بما انفقت على نفسها وعلى ولدها وانما قال مالك ليس على الاب ان
ينفق على زوجة ولده وعلى الولد ان ينفق على زوجة ابيه لان نفقة الابن تسقط
بالبلوغ وان مرض كونه بلغ زمنا بالزمانة مكنه عدم الحاجة للزوجة قاله ابن

عرفة. وأيضا فالزوجة إذا كلفت الرجل زوجها بالنفقة من ماله قبل علمهما بالكلام
لا تتبع بما أنفقت ولو أنفقت بعد معرفته ولم تعلم بأنها تتبع وفي كلا الموضعين فمن أنفق
بعد زوال العصمة لأن في الكلام التعريض فمنسوب إلى الزوج فلذلك لم تتبع بما أنفقت
به. نعم إنما أنفقت على مال زوجها بشبهة الإذن وليس كذلك في الموت لأنه متبرع فهو كمن
وأيضا النفقة بعد الموت من مال الوارث والزوجة لا تستحق نفقة على الورثة ولم
يتقدم منهم إذن بعد كانت متعدية بما أنفقت بل هي كما الخمار والحمل لا يشفع في أنه
عمتها به لأن التعدي على مال الغير يستوي فيه العمد والخطأ وأيضا فقال ابن القاسم
إذا أنفق الوصي التركة ثم طرأ دين على الميت ولم يعلم به الوصي أنه لا شيء على الوصي إذا
على الصبيان أيتام يوم ما وفاته في وإن المفقود ينفق عليه من مال أبيه ثم ثبت أن والده مات
قبل ذلك أن لسائر الورثة الرجوع عليه لأن الورثة يستحقون لغيرها المال الموروث
بدلالة أن لو هلك لكان ... منهم جميعا وأن الغرماء لو تلف ذلك المال لم يضمنوا
وكان منهم تالفا في ذمة الميت حتى لو كان له على مال آخر لا خلاف في دينهم قاله عبد
الحق وابن محرز تنبيها وأما قول الإمام أبو عبد الله بن عرفة رحمه الله هذا الفرق
بأن حق الغرماء أقوى فلما سقط وجب سقوط مع الأقوى وله لزوجته الثابتة فهو إن كان
على المفقود دين المثاني فإن سحنون يعني مسألة المفقود أن للولد مالا والأجنبي
تناقض فلك والحاصل فقاله لأنه إذا أوجب للمساوي وهو الوارث اتباع ذمة
مساوية في مسألة المفقود فأحرى وأحرى أن يجب للمقدم وهو الغريم اتباع كذا
وهو تالف وهو الوارث فتأمله وتعقب بمثل قول سحنون لأنه لو كانت لهم أموال
ينفق عليهم من مال أبيهم أنه أرثيا؟ ولو با مدة لكنه لا يتبعونه بهم وأيضا فالوا فيمن أنفق
على صبي معين له مال علم به المنفق أنه لا يرجع عليه إن في ذلك المال هالكة
فإن ذهب ذلك المال واستفاد غيره لم يكن له فيه شيء واختلفوا فيمن أنفق سلفا
على من له يرجع كذا قبلك فإن ذلك المال فقال ابن عبد الرؤوف وابن دحون وأصبغ
الشفاء؟ وبآخر مرفقه وقال القاضي أبو الحكم بن عبد الرحمن بن أحمد بن بشير لا يتبع به
في ذمته لأن الصبي لا ذمة فيه بالولي لعدم وجود الذمة له بخلاف البالغ الرشيد

بنا قلته وانما قالوا القول قول الزوج في دفع نفقة الزوجة ولم يجعلوا القول
قوله في دفع دينها اليها لان العادة الغالبة مؤيدة للقول بصدق الزوج بخلاف
الدين استصحاب في الديون بانه لا يقال ونحو وانما لا يقضى على الغائب ببيع اصوله
لنفقة ابويه ويقضى ببيعها لنفقة زوجته لان نفقة الابوين قد كانت ساقطة
عنه فلا تجب عليه بما حتى يطلبانه فاذا غاب عنهما لم يجب ان يحكم لهما
عليه في غيبته ولا تباع عليه فيها اصوله لاحتمال ان يكون في ذلك الوقت
قد مات او قد استوى بان يغني فقرا ويكون احق بها من نفقتهما فلا يجب نفقتهما من
ثبوت حياته وعدم دين يغترق ماله بخلاف الزوجة فان نفقتها واجبة حتى يعلم نفقة
سقوطها بمعرفة موته او امتناع او فقره بالديون وهو من باب استصحاب الحال
وهو اصل من الاصول تجري عليه كثير من الاحكام من ذلك من كان شاكا في الفجر او
شاكا في الغروب والفجر يترتب من ايقن بالوضوء وشك في الحدث ومن ايقن
بالحدث وشك في الوضوء بحسب قاله في كذا تنبيه ما وقع في [illegible]
المدونة وسماع اصبغ من العتبية من بيع مال الغائب في نفقة ابويه محمول على
عدم الاصول استحسانا على غير قياس لان القياس على ما ذكر ان لا ينفق
عليه في غيبته بشيء من ماله اذ لا يؤمن من ان يكون قد مات او استغرق الديون قد
ما هو احق به من نفقة ابويه ولهذه العلة قالوا لا تؤخذ الزكاة من مال الغائب
وانما قال سحنون اذا كان للزوج الغائب ودائع لا تفرض فيها النفقة للزوجة لانها
ولا يقضى منها دينه بخلاف البضاعة انما تكون للتنمية فكانت ادل دليل على
ملكه ولما كانت الوديعة تحت القبض لم تدل على الملك تنبيه قال ابو
عمران قول سحنون في الوديعة افسر من قول المدونة لانه لو جحد وانكرها لم
يكن لغرمائه اليها سبيل اذ لا يجبر على قبول الهبة لقضاء دينه وانما وجب
على الام الرضاع اذا كانت في العصمة ولا يجب عليها النفقة بالنفوس لان الليس
يستثنى الا من ... لانها كالمشروط ذلك بحكم العادة وليس عليها في ارضاع ابنها
كبير كلفة والنفقة اخراج مال من يدها تنبيه قال ابن عبد السلام رايتها في بعض

كلام

كلام ابن العربي مع ابن المواز انه يقول نفقة الولد على ابويه على قدر
الميراث قال ابن العربي لعله اراد انها على الام عند عدم الاب قلت
ارجح نسبة هذا القول لابن المواز هنا وبطل ابن العربي بعيد منه لانه اذا
كان الاب عديما او مفقودا فكيف يكونان يؤديان من النفقة شيئا فضلا عن
التاكيد اللذين مما نصيبه من الميراث ه ابن عرفة المعروف لا نفقة على الام
لولدها الفقير اليتيم الصغير ولابن العربي في اخر سورة البقرة نفقة الولد على
الوالدين وعلى الام خلافا لابن المواز انما على الابوين على قدر الميراث ولعله انه
اراد انها على الام عند عدم الاب قلت لا اعلم من ذكره عن غيره على قدر الميراث
وتاويله بحال عدم الاب نحو قول التونسي في كتاب الصيام ووقع في المدونة ان
الاب ان كان معدما ولا لبن للام ان عليها ان تستأجر له وليس بين لانا اتفقنا على ان
نفقته لا تلزمها في عدم الاب فاذا لم يكن لها لبن تتعلق عليه فيلزمها ما لم
تلزمها نفقته وانما قالوا فيمن انفق على لقيط ثم ظهر انه اب انه يرجع على
الاب اذا تعمد طرحه واذا اكراه قال لا يرجع بما انفق كذا ان كان مس
الاب موسرا المال مسقط النفقة على المنفق فلا ان يجعل عدم الشعور
بكل واحد منهما مسقطا للرجوع اولا وكونهم يقولون في ... الاب من حجة المنفق
ان يقول انما وديت ما كنت انه يجب علي وانما هو واجب على غيري لا تخلص
له من حجة الاب خان يقول انما انفقت واديت ما كنت انه يجب علي الا اذا
ثبت له قال فلا يرجع الى الاب بما تعمد طرحه ولو كان وارثا من نفقته وجب ان يعامل
بنقيض قصده الفاسد فيرجع المنفق عليه بالنفقة وفيه نظر لان التهمة سبب
لعقوبته ان يوخذ المال منه فيتصرف فيه ادبا له ولا يرجع الى المنفق لدخوله على
انه متبرع ولا الى الصبي لانه يسقط به نفقة عنه لحصول البسط بذلك
الصغير ان كان غير بالغ واحتمال الموت وفقر الاب فيعود النفع اليه به ان كان
بالغا والله اعلم وانما يقضي للعبد على سيده ان قصر عما يجب له عليه
بالمعروف في مطعمه ولبسه خلاف ما يلاد من البهائم فانه يومر بتقوى الله

في ترك اجارتهما ولا يقضى عليه بفعلهما لان العبد فكذلك تجب عليه النفقة
من الحضانة وغيرها فكما يقضى عليه بفعله والدابة كما لا يقضى بهما فالدابة
زيد. تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله تعذر شكوى الدابة يوجب احروية النفقة
لها وانما لا يفرق بين الام وولدها في البيع وان رضيت بذلك واسلمته ولا يجوز
حتى يثغر ويجوز للمكلفة ان تسلم ولدها مع ان الحق في الحضانة لكل واحد منهما
في ان الام الحرة المكلفة تسلمه من حضانة الى حضانة الجدة او خالة او غيرهما
وفي الامة المملوكة تسلمه الى غيرها من غير عذر. تنبيه قال الشيخ ابو محمد
بن ابي زيد رحمه الله هذا العذر جار لمالك في كتاب محمد اذا كان للصبي جدة حرة
للام والصبي حر او مملوك وطلبت جدته اخذه فليس لها ذلك ولا للام ان
رضيت بذلك اذا كانت مملوكة قال فانظر انما جعل العلة ملك الام وان
كان الولد يرجع الى حضانته وانما يفرق بين الام وولدها في البيع بالاثغار
ولا يفرق بين المرأة المكلفة وولدها الا باحتلام الذكر ونكاح الانثى لان
السبب في البيع لاحق في خدمة الولد وله فيها غرض فاذا وصل الى الحد الذي يراد فيه
للخدمة فرق بينهما لاجل ضرورته والحد الذي ينتفع به في الخدمة اقله سبع سنين
وفيها يكون الاثغار ولا كذلك الولد فانه لا ينتفع به ابوه غالبا ولا منفعة
له فلا يستخدمه لنفسه لانه اذا وجبت له عليه خدمة وليس كالعبد فالنفقة
وانما تسقط حضانة المرأة بالزواج ولا تسقط حضانة الامة منها بعد الفرقة
مع ان غالب الامة انها مقصورة باعمال سيدها لان اهل المذهب رأوا ان تكون
المرأة اذا تزوجت عمل بيت زوجها اللائق ويتكلفها بعض العوائد والشغل
له ولولده فيشغلها الولد اذا تزوجت بهذا المعنى ولغيره والامة ان كانت مشغولة
بخدمة سيدها فانما الامر فيه يتضرر ولدها كما يدخله الزوج لا سيما ان كان فراشهما
انما لكبرها فبان ذلك ومن الذي اعتقوه قاله ابن عبد السلام. تنبيه قال
ابن عرفة رحمه الله تعالى تقريرا لابن عبد السلام بان حال الزوج مظنة لبغضه
ربيبه المحضون ... بسببها وانما تسقط حضانة الزكي ونفقته

بالبلوغ

بالبلوغ ولا يسقطها في الأنثى بالبلوغ بل بالدخول بها او بالدعاء الى البناء لأن
الغالب على الأنثى العجز عن التكسب اذا كانت بكرا ولو كانت بالغا فجهلها
يمنعها ويمنعها الحياء من مخالطة الناس فيستصحب حكم الأب نفقة وعليهما الى أن تجب
على الزوج وانما تجب عليه بالدخول او بالدعاء الى البناء

فروق كتاب العتق

وانما عتق ما في بطن الأمة بعتقها ولم تعتق الأمة بعتق ما في بطنها لأن الحرة
لا يمكن ان تحمل بمملوك فلاجل ذلك عتق ما في بطنها بعتقها والأمة قد يمكن ان تحمل
بحر وايضا الحمل كعضو من اعضائها فيكون تابعا في الحرية لها وليست الأم بعضا
منه فلا تكون تابعة له في الحرية وانما قالوا اذا عتق العبد تبعه ماله الا
ان يستثنيه السيد واذا بيع لم يتبعه ماله الا ان يشترطه المبتاع مع ان
الجميع انتقال ملك لأن البيع انتقال ملك فلا بد فيه من تعيين المال وليس كذلك
العتق لانه انتقال ملك الى [illegible] ملك فلم يفتقر الى تعيين المال وانما قال مالك
يجوز للسفيه ان يوصي بالعتق ولا يجوز ان يعتق بتلا والكل عتق لأن السفيه انما يحجر
عليه لئلا يضيع ماله ويبقى فقيرا لا مال له وما خشي منه موجود في تبتيل العتق
ولا يوجد في الوصية بالعتق وانما قالوا اذا اعتقت المرأة وكان الزوج عبدا ابو
اكثر من ثلثها فللزوج ان يرد الجميع واذا اوصى الميت باكثر من الثلث فليس للورثة
ان يردوا الا ما زاد على ثلثه والكل مما له النظر فيه لأن المرأة قادرة على حقها
بانشاء عتقية الثلث بعد ذلك فلذلك جعل للزوج ان يرد الجميع تلافيا لما ورد عليه
من فرح ما فوق الثلث فيما بعد ولا كذلك الميت لانه لو رده فات جميع وصيته لا يكلفنا
جميع غرامته وانما قال واذا اشترى بعض من يعتق عليه عتق عليه كله ان كان موسرا
واذا ورث بعضه لم يكمل عليه عتقه لأن في الشراء اختار دخوله في ملكه فيلزمه التكميل
فكأنه بمنزلة من اعتق نصف عبد بينه وبين شريك وهو موسر بخلاف الميراث فانه لم
يختر ذلك فيه وانما قال ابن القاسم فيمن ملك عبدا كان العتق يؤول اليه فقال قد
اعتقت نفسي انه لا يكون عتقا الا اذا نوى وان لم ينو فليس ذلك بعتق وقال في

الزوجة اذا قالت اخترت نفسي يكون ذلك طلاقا وان لم تكن لها نية لان الزوجة
انما ملكها في ان تقيم او تفارق والفراق لا يكون الا بالطلاق فاذا قالت اخترت
نفسي علمنا انها ارادت الطلاق واما العبد فيمكن ان يكون اختار نفسه للبيع لانه
وجد ما له يفارق سيده ويخرج من يده بانواع شتى كالبيع والهبة والصدقة ولا يكون
قوله اخترت نفسي عتقا حتى يريده واما الزوجة فلا تخرج من عصمته الا بطلاق
وايضا العبد انما ملكه السيد عتقه صراحا فاذا اجاب فليجب بصريح العتق فلا يكون عتقا
حتى يريده ولو اجاب بصريح العتق مثل ان يقول قبلت عتقي او عتقت نفسي او اخترت العتق
كان قد اكمل لها انه قبل ما جعل له ويكون ح عتقا كالمخيرة التي اجابت بما جعل لها
فلما عدل العبد ان يجيب بصريح العتق واتى بلفظ محتمل كان كالمخيرة تقول قبلت امري
انها تسأل ما ارادت تنبيه قال ابن يونس وهذا كله استدلال من ابن القاسم ان المخيرة اذا
قالت قبلت نفسي انها تطلق وان اجابت بغير ما جعل لها وانما فرق بينهما ابن محرز
ابن القاسم المذكور في تخيير النساء بقبول العتق عليهما فكان اصح رتبة فاورد فيه
النص والله اعلم وقع ذلك في نوازل الشعبي واحرى للعتق به انوي وانما لم
يختلف اذا قال كلامك او شعرك حر انه لا يعتق واختلف اذا قاله للزوجة هل يلزمه
الطلاق ام لا لان العتق انما يتعلق بالجسم وبه تقع معاوضته والتحريم يتعلق بتحريم ما
يتلذذ به منها جملة من غير تفصيل قاله اللخمي تنبيه مما يقوي هذا الفرق ما ذكره القاضي
ابو الوليد بن رشد رحمه الله قال في المقدمات ان قال كلامك حر او شعرك حر وما اشبه
ذلك مما يبين منه وينفصل عنه جرى ذلك على الاختلاف في الطلاق فيلزمه العتق على
مذهب اصبغ ولا يلزمه على مذهب سحنون وانما قال ابن القاسم فيمن اعتق عبده وعليه
دين يغترقه ولم يعلم الغرماء والعبد وارث احرار فمات بعضهم بعد عتقه انه لا يرث منهم
لانه عبد حتى يعلم الغرماء بالعتق فيجيزونه ويمضيه السيد فلا وقال فيمن اشترى عبدا
فاعتقه ثم استحقه رجل فاجاز البيع ان العتق ينفذ ويتم كل ما كان كان للعبد
من شهادات تقررت ونسب ورثة الشبه به الى حرا لان عتق المديان عتق منذ اعتقه فيه كلا
بعدوان المشتري بعدل بعين غراه في نه اذا اعتق ولكنه في كمال من الامر فاذا اجاز المستحق

البيع نعم ما تقدم من شهادة او ميراث ولو كان المشتري يعلم ان العبد لغير البائع فيع
ويتعدى في شرائه وان اعتقه لوجب ان يكون مثل مسألة الغرماء يجوز العتق ولا يجوز
للعبد ميراث ولا شهادة ان اجاز المستحق البيع لان ان العتق وقع على كل من يد العواء قاله
عبد الحق وانما يرد المدبر في الخدمة او في الدين على الراجل يعني ديته في خير منهما
على حسب ما ثبت ولم يرجع ان كل واحد منهما عن جهة من الثلث لان الراحل يعني ديته لما كان
قادرا على اسقاط التدبير بان يكمله مثلا ويجعل واحد ليعلمه كان اضعف بخلاف
المدبر وانما قال المدبر فيمن حلف بكلا واحد من شهادته يعني ولم تكن له بينة فيكلف
كله وفي العتق يختار لان العتق يتبعض والطلاق لا يتبعض وايضا العتق يقع بالسهم
ولا يكون جميع ذلك في الطلاق قاله غير واحد وايضا الطلاق مثل النكاح والعتق
مثل الملك فكما يجوز في الملك الخيار يجوز في العتق الخيار وكما لا يجوز الخيار في النكاح
كذلك لا يجوز في الطلاق ولانه يجوز ان يشتري امة من جماعة يختار منها فيجوز ذلك في
وجه الخيار ومثل الطلاق قاله عبد الحق في التكميل وقاله ابن رشد مثله فتميزه قال
ابن رشد الفرق ان العتق كالطلاق وتبعه ملك استحسان وانما قال في المدونة
فيمن وطئ اخته بالملك عامدا عالما بالتحريم يحد واذا وطئ بحليته من ذوات
محارمه ممن لا يعتق عليه لم يحد لان من يعتق عليه بالنسب منزل منزلة الشراء
بلا شبهة ملك له فيمن تحللت ممن لا يعتق عليه قاله ابن يونس وانما قال ابن
القاسم فيمن قال لامته اذا حملت فانت حرة انه يطؤها في كل طهر مرة واذا قال
لزوجته انت طالق اذا حملت او كلما حملت تطلق عليه لان الحرة لا يتسرى بها الا
الوطء فلا شك في نفي حبها بالحمل كطلقت عليه والامة منفعة له بها على الوطء زيادة
وهي الخدمة وارش الجناية ولاشتراط مالها وبيعها بذلك فلذلك قال يطؤها في كل طهر
مرة قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قال في المدونة اذا كان عبد كافر بين مسلم
وذمي فباع المسلم حصته من مسلم او ذمي فللشريك الذمي الشفعة كما لو كان مسلما مع ان المقاسم
بينهما بين الزبير اذا باع المسلم حصته من ذمي يحكم بينهما بحكم الاسلام لما تعلقهما
مسلم ولم يحكم في مسألة العتق بين العبد وسيده الكافر بحكم الاسلام وان تعلق بهما مسلم

كذا

تكون

[illegible]

لان العتق من باب القرب التي به تعرف بينهما والشفعة من باب الاستغلال ووجوه
كطلب المال فحكم بينهما بحكم ابن سلمون ذكرنا من خرج من بيع الشفعة وايضا الغرض
توجه في الشفعة على البائع قبل ان يبيع فلذلك حكم للذمي بالشفعة على الذمي
تنبيه اذا علل في الشفعة بتوجه الغرض قبل البيع وقلنا في العتق ان المسلم
يترك التقويم على الكافر ان اعتق العبد وحصته بينهما بجملة وانما قال في المدونة عن
ابن القاسم اذا رضي الشريك بالتقويم على شريكه واتباع ذمته اذا اعتق وهو معسر
ان يكن من ذلك وقال في الشريك يكاتبا امة مشتركة بينهم ومن شريكه انه يقوم حصته
عليه اذا كان معسرا ويتبعه بقيمتها ان شاء لان الشريك الواطئ وكف حصته
وحصة شريكه وفي العتق انما اعتق حصته فقط وانما قال في المدونة اذا اعتق
احد الشريكين حصته من عبد وهو موسر ثم باع الاخر نصيبه ان البيع ينقض واذا قال
اجنبي اشتر واجنبي اباك في صفقة جاز البيع وعتق عليك وضمنت للاجنبي قيمة نصيبه
مع ان المشتري قد دخل في المسالة على ان يدفع ثمنا وياخذ قيمة مجهولة وذلك غرر وذلك
ان ابن ... قد وجب التقويم في العبد بينهما قبل بيع الشريك فدخل المشتري فيهما على فساد
ان يؤدي ثمنا على ان ياخذ قيمة مجهولة ومسالة المشتري هو واجنبي اباه لم يجب التقويم
قبل الشراء ولا يثبت في ذلك عتق الا بحصول الشراء قاله عبد الحق عن بعض الشيوخ وايضا
يحتمل ان يكون معنى المسالة الثانية ان المشتري مع الولد لم يعلم انه ابوه وانما
انكشف له ذلك بعد عقد البيع فلم يدخل على فساد قاله عبد الحق وهذا الذي من وجه
عبد الحق انما ينهض على القول بان علم احدهما يجبر بالفساد لا يوجب فساده تنبيه
لما لم يقف ... من ... العروة في نكت سحنون عن مسالة اذا اشترى هو واجنبي اباه
فقال كيف يجوز هذا الشراء والاجنبي لا يدري ما اشترى انصف الاب او نصف قيمته
التي يرجع بها على ابن ... وانما قال في المدونة في العبد يشتري نفسه من سيده
شراء فاسدا ان عتقه ماض ولا يتبعه السيد بقيمته ولا بغيرها بخلاف شراء غيره له
لان العبد اذا اشترى نفسه شراء فاسدا بعد افتراقهما والسيد ذلك في غيره وانما
قال في المدونة من اعتق عبده وللعبد على السيد دين له ان يرجع به على سيده ان كان

يستثنيه السيد او يشترطه فماله بجملته وقال من اخذ من عبده شيئا لمن ينتزعه
في دين لحقه من رجل ثم اعتق العبد لم يرجع العبد على السيد بما اخذه منه وبعد انتزاعه
والجميع دين قبل العتق لان المأخوذ للدين لما كان من عوارض الدين يبعد في المرهون
به هنا وذلك كالتصريح بانه انتزاع بخلاف مسئلة الدين قاله ابن عرفة

فروق كتاب المدبر

وانما قال مالك تجوز اجارة المدبر ولا تجوز اجارة ام الولد مع ان كل واحد منهما
ممنوع من بيعه موقوف نفوذ عتقه على الموت لان عتق ام الولد اقوى والتدبير اخفض
رتبة منه لانه تردد الكلام وتوجه اليه دون ام الولد وايضا عتق ام الولد
متفق عليه بخلافه وانما هي بمنزلة المتعة فقط ابيح عتقها بالموت وانما قالوا اذا
باع المدبر فلا يعتقه المشتري ان البيع ينقض وان باع ام ولده كان المشتري قد اعتقها
فسخ البيع وردت الولاء وكلاهما ممنوع من بيعه لان ام الولد لها كبير حرمة وقد ثبتت حرمة
ولا كذلك المدبر بخصوص حرمته **تنبيه** انظر لو كانت مدبرة حاملا من المشتري
هل يدخل الخلاف في فسخ البيع فيها كالعتق او اشد من العتق في الامضاء ويكون الحمل
كعتقها وانما قالوا تجوز اجارة المدبر الى ما قرب كالسنة ونحوها ولا تجوز الى اكثر
وجوزوه في العبد الموصى بعتقه الى عشر سنين لان المدبر يعتق او بعضه بموت سيده ولا كذلك
العبد فانه وارمانه سيده تبقى الخدمة وانما كان للموصي الرجوع في الموصى بعتقه
ولم يكن له في المدبر مع انهما قد اجتمعا في ان كلا منهما متوقف على الموت لان الموصى بعتقه
صفة لفعل السيد والمدبر اسم لفعل العتق كذا قيل ولا ارى له وجها لما يكون اسما لصفة
فعل السيد في الموصى بعتقه وكذلك في المدبر يكون يقال صفة لفعل السيد ولا والمدبر
اسم مفعول كالموصى وايضا انه قد علم من الشرع شيئا انه يجب الوفاء به فلما ورد في
السنة جواز الرجوع في الوصية بقي ما عداه على اصله وانما قال مالك لا يجوز
للسيد المدبر ان يبيعه من يعتقه ويجوز له ان ياخذ مالا من رجل على ان يعجل عتقه والعتق
في الثاني معجل موجود مع العوض لان البيع في التدبير انما لم يجز لانه قد ثبت للسيد عليه
الولاء ونقل الولاء غير جائز واذا اخذ مالا من رجل وعجل عتقه فهو لم ينقل الولاء

والمدبر

بذلك جاز وانما قال مالك لا يجوز وكذا المدبرة مع ان العتق في الجميع الذي
اجل في المكاتبة عاوضنا على نفسها لتملك نفسها دون السيد ولم يكن له وطؤها
والمدبرة لم تعاوض على نفسها فكان له وطؤها وايضا المدبرة انما جاز وطؤها
لانها لا تعتق بوقت محدود لان عتقها بعد موت السيد والميت لا يوصف بانه
محدود عليه شيء ولا امر ذلك بخلاف المعتق والمكاتبة عتقهما متعلق بوقت محدود وكذا
بوجوده وانما قال مالك ان دبر في مرضه جماعة عبيد في كلمة واحدة لم يبدأ
احدهم على صاحبه وعتق من كل واحد ثلثه ان لم يكن مال غيرهم ولا يقرع بينهم وان اوصى
بعتق عبيده له اقرع بينهم دون مدبرين مع ان الجميع عتق لا ينفذ الا بعد الموت لان التدبير
ليس للسيد ابطاله ولا تغييره فكان حكمه اقوى من غيره والوصية بالعتق له ابطالها
وتغييرها فكان حكمها اضعف من حكم التدبير لان التدبير لا يدخله الرجوع بوجه
والعتق يدخله الرد ولذا المدبر اذا اعتق عبيدا وليس له مال غيرهم فانه يقرع
بينهم وانما يدخل المدبر في الصحة على المبتل في المرض الا فيما علم به الميت لان المدبر
قد يقول او قد يستفيد اموالا واما المبتل في المرض فلانه قصر الى خروجه مما علم
به في الحين والوصية تدخل فيما علم ولا تدخل فيما لم يعلم لانها نقيصة اذ له الرجوع
فيها اجماعا تنبيه قال ابن يونس عن بعض الفقهاء اذا دبر وبتل في المرض فبدأ
واحد جماعة عبيد فيما هو عند ضيق الثلث فيما فات المدبر في مرض الجماعة عتق فيه
بالحصص وفات ابن المبتل عتقوا بالسهم وانما كان ولد الموصى بعتقها رقيقا
قبل موت سيدها وبعده يعتق بعتقها وولد المدبرة يعتق بعتقها فالفرق بين ان الموصى
بعتقها لما كان له الرجوع فيها والتصرف بالبيع والهبة ونحوه وكان ضعيفا لم
يتقو بما كان عليه قبل ان يصل الى الذي جعل لها من الوصية اقوى منه فتعتق
وانما يعتق بالموت فيما ولدت قبل ان يعتق فيها امر الحرية بوقفه لموت سيدها
وما ولدت بعد الموت فيمن لمنها ابقا يدخله من الحرية ما دخلها والفقه المدبرة
والمعتقة الى اجل فان امرهما متعقد بسبب جعل لهما ذلك لا يستطيع السيد ولا غيره
فيهما تصرف الملك فلما كان امرهما متعقدا كان ولدهما بعد العقد بمنزلتهما

ولد

ولو اقوم جنفهما بعد تمام الحز في مرض الموت جبرتهما وقال لو بيعا قبل العقد
ثم فبو بنفس التمام كما لا ولو قوم جنفهما قبل الموت وفيعا قال ابن يونس
وانما اجاز في المدونة لاحد الشريكين ان يدبر نصيبه من عبد باذن شريكه
ورضاه ومنع ان يكاتب احد الشريكين نصيبه وان رضي شريكه لان كتابة احد
الشريكين ذريعة الى عتق النصيب من غير تقويم ولا كذالك التدبير لانه
اذ لا يخرج الا من الثلث ويبدأ المدبر السابق واللاحق في الموت وانما يبدأ
المدبر في المدبر السابق لا اللاحق في الموت يبدأ المدبر السابق على اللاحق لان المدبر من
راس المال والمدبر من الثلث فاشبه الوصايا والمدبر مقدم على الوصايا قال مالك
في كتاب الوصايا وانه اجماع على ذالك ويبدأ المدبر السابق في الصحة على اللاحق
في المرض كعتق الاهل المدبر قاله ابن يونس وانما قال في المدونة اذا باع المدبر
وفات بيد المبتاع انه يجعل الثمن فيما يصرف في مدبر على غرره وفي ثمنه عبد او رقبة
يدبرها واذا باعه وعمي خبره يجعل ثمنه كله في رقبة يدبرها في الزمان فان
علمنا انه كان حيا لا يدرك بشيء من العتق لانفساخ تدبيره بموته قبل سيده وانما ذا
ان يجعل فضلة الثمن في مدبر في ذالك كحضوره بعينه وان غاب لم ينفسخ تدبيره
اذ لعله حي وغرر لا نقدر عليه التنوع فلم يكن بد ان يجعل ثمنه كله في مدبر كالذي
يبيعه ويغيب عليه قاله ابن يونس تنبيه اذا وجد المبتاع والمدبر بعينه
البيع ورجع اليه وكان له مدبرا ويترك عندهم كان ما تحت يده وابراء وقبل البدل
ثم رجع الاول وكان قد فات فانما يكون له من تدبيره لا رجوع له في احدهما وانما
قالوا في المدبر اذا بيع وفات بيد المبتاع انه يجعل ما فضل من ثمنه في مدبر مثله
واذا بيع المكاتب وفات بيد المبتاع قبل فسخ بيعه لم يجعل ما فضل من ثمنه في
مكاتب مثله وان الجامع انه بيع وقع فيه عقد حرية وفات لان المكاتب انما بيع
بعلمه ورضاه كان ذالك منه رضى بالعجز وهو لو رضي بالعجز كان عاجزا ان لم يكن له
مال ظاهر ولا كذالك المدبر وانما قالوا ان يجوز بيع المدبر بعد انه في سوق
ويجوز غيره من البيوع الفاسدة كما ان رضاعه الحرية التي فيه تمنع العوض الذي

قوله وانما قال في المدونة اذا باع المدبر لا يجعل ما فيه من اصغاه
بثمن كالمعنى فليجعل في غيره جعل انسع الحزن على الراقع مصححه
قوله ويبدأ المدبر السابق واللاحق وان غير الاختار من قال
ويشكل التدبير ان يتبعها ان صبر صي ولا مكلفا
جعل ان باعه وعمي
فيما تقدم ما قبل

يقومون به من ليس فيه شيء من الشوائب وايضا فقالوا اذا كاتب مدبرا ثم دبره
ثم مات جعل في الثلث الاقل من قيمة الرقبة او قيمة الكتابة واذا دبر ثم
كاتبه جعل في الثلث قيمة الرقبة لان التدبير اذا سبق فقد كاتبه وهو مالك
للرقبة حقيقة فوجب ان يجعل في ثلثه ما كان يملكه منه حين كاتبه واذا كاتبه
ثم دبره فقد حيز عن الكتابة او كاد لم يملك منه شيئا فتقرر انه فالاقرب ان يجعل
قيمة رقبته او يؤدي الكتابة فيكون انما ملك منه مالا فلما لم يتقرر له امر
معلوم جعل الاقل فقط فتنبيه قال عبد الحق انما يصح هذا اذا كاتبه ثم دبره
او دبره ثم كاتبه وهو صحيح او تفرقت الكتابة في الصحة والتدبير في المرض واما
ان كان تدبيره اياه وكتابته جميعا في علته وهو مريض جميعا منها انما يجعل قيمة
الرقبة لانه قد تقرر عتقه للكتابة او التدبير

فروق كتاب المكاتب

وانما اجازوا في المدونة الكتابة على الخيار شهرا ولم يجيزوا البيع على الخيار
شهرا لان العلة في البيع مخافة الزيادة في الثمن قال في كتاب الخيار وفرق بين
المبتاع في قبضها لتكون في ضمانه اذ يعتبره جعلا وليس كذلك الكتابة لان العبد فيها
في ضمان الكتابة على كل حال قاله عياض وايضا فقال ابن القاسم فما وهب للامة ايام
الخيار او تصدق به عليها يكون للبائع واذا ولدت يكون الولد للمبتاع لان مال العبد
في البيع للبائع فجعل ما كسبه في ايام الخيار من الغلة تبعا للمال والولد لم يكن للام
فلا يكون للبائع قال ابن يونس وايضا فما وهب لها في ايام الخيار كالغلات
وذلك للبائع والولد كالنماء وعليه النماء قاله الشيخ ابو الحسن الصغير ومحل
الفرق كتاب الخيار وسياتي ذكره في محله من هذا ان شاء الله تعالى وايضا فقال في
المدونة اذا ادى المكاتب في عقد الكتابة رهنا لسيده فان فلس السيد او مات كان
اشتراطه ثم ان هلك الرهن فلا يرجع عليه بقيمته وان لم يفلس رجع عليه بقيمته
مع انه كان اشتراطا فلا رجوع له فيه وكذا في قيمته فلس او لم يفلس وان لم يكن
اشتراطا رجع عليه به او بقيمته فلس او لم يفلس لان اشتراكه في اصل الكتابة

انتزاع فلس او لم يفلس لانه قوله متوهم لانه وعن ابن رشد اليه بعد وفاء
الكتابة وفضل كالهبة منه له يقوم غلته بها ما لم يفلس قاله القابسي تنبيه
يتعقب هذا الفرق بانه لو كان كالهبة لم يلزمه هو والبيع انتهى في دعوى
القيام والعرف انه مثل اذا ادعى قبل عبده ولم تقم البينة انه ضامن للقيمة
ان لم يفلس وكذا ان قامت على قول اشهب ولو كان كالهبة لم يضمن كالوديعة وحال الرهن
حلف وانما قال في المدونة اذا وهبت لك نجوم اخيك المكاتب ان تعزو به
عليك او اوصى بها لك فقبلتها ثم عجز يقوم عليك بما فيه ويعتق ان كان لك قال
وان اعتق حصته من مكاتب بينه وبين رجل ثم عجز لا تعتق عليه حصته منه ولا
تعتق عليه حصة صاحبه لان من يعتق عليه لما كان لا يستقر ملكه عليه وان عجز
ولا بد من عتقه جعلنا قبوله لما وهبت له منه فهذا يعتق تلك الحصة من الرقبة
وان لم يعتق من اذا عجز يعود له ملكه ومن الان لا يملك منه الا ما لا اما فلا اعتقه
اياه وقع قال ولو قصد الى عتق الرقبة وانه ان عجز كان ذلك الشقص من الاست
المشاعتار قاله ابن يونس وانما قالوا اذا كاتب في مرضه وحابا وقبل الكتابة
انه يجعل في الثلث قيمة الرقبة كلها لما لو حابا واذا حابا المريض في بيعه انما
يجعل في الثلث المحاباة خاصة لان الكتابة في المرض عتاقة بخلاف البيع قاله
بعض شيوخ ابن يونس تنبيه اذا حابا فكان الثلث يحمل قيمته جاز ذلك وان
يقوم في النجوم المقبوضة منه ولا ينظر ذلك الى قول السيد بان كان الثلث لا
يحمله دون النجوم المقبوضة الى برا العبد ثم يعتق حمل الثلث من رقبته بما له اذا لم يجز
الورثة وانما تسعى ام ولد المكاتب مع ولدها وتعتق باداء الكتابة ومن اتباع
من يعتق على الحر بالملك بغير اذن السيد يتصرف باولاد الكتابة وهم لا يسعون معه لان
ام الولد اكتسبت الحرية بوجه من السيد والولد بخلاف من اشتراه المكاتب
ممن يعتق على الحر فانهم انما اكتسبوا الحرية من وجه واحد وهو سيدهم الذي اشتراهم
وعبدهم لكن وانما لم يدخل المكاتب الامركان وعده في كتابته من الاباء والابناء
والاخوة ولا يدخله ولد الحر للان المكاتب فاذا قبل ان ثم تمت من ابيه فلا يرثه الحر

العبد وايضا لا يسعى واذا فات ابو عمر ولم يترك وفاء بكلها لا يكون عليهم
السعي وكذلك لا يكون لهم الفضل كذلك فقضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولم يرثه
السيد لانه لم يبق عاجزا ولم يبطل العقد الذي عقد له اذا ترك من يقوم باداء الكتابة
وانما يرث المكاتب من كان معه في الكتابة من ولد ووالد ولا ترثه الزوجة وان كانت
معه لان ميراث الزوجة بالنكاح لا بالرحم كان ذلك خارجا عن القياس على قول [illegible]
ابن ثور ان الزوجية قد تسقط بالكلالة وبه نه فقد تعتق المكاتبة بوجه فيثبتان بنفسه
والرحم ثابت بكل حال ولا تلحق الزوجة بزوال [illegible] لهما في بعض الوجوه
فانه عبد الحر ولهما قال في المدونة في المدبر والمعتق الى اجل اذا اشتريا ما ولد
لهما قبل التدبير والعتق لا يكون بمنزلتهما والمكاتب اذا اشترى ما ولد له قبل الكتابة
بمنزلته لان المكاتب احرز نفسه وماله بخلاف المدبر والمعتق الى اجل وانما
قال لان المكاتب يملك ويترك ولدا وام ولد او ام الولد تسعى معهم وتعتق بالاداء
واذا تركها مع اخيه او ابيه فانها تكون فيئا في زائد الولد [illegible]
المكاتب اذا مات وترك مالا يفي بالكتابة وترك ولدا انه يودي [illegible] المال
الى انقضاء [illegible] قال الشيخ ابو الحسن اللخمي وايضا فان ابن نافع
يقول كما يرى ابن القاسم ان حكم الكتابة قائم في المدبر مع الاخ والاب ومع
الولد [illegible] وتدبير وانما قال في المدونة اذا اوصى ان يكاتب عبده والثلث يحمل
قيمته جاز وكوتب كتابة مثله على قدر قوته واداءه واذا اوصى ببيع عبده ممن
احب [illegible] الثلث وكان ينبغي على هذا ان يقال في المكاتب يعتق من كتابة بعتق
مثله [illegible] في الوصايا ليس للوصي جبر على الشراء والسيد في
الكتابة له اجبر [illegible] على [illegible] فافترقا وانما منعوا
كتابة ام الولد وجوزوا كتابة المدبرة لان ام الولد [illegible] واما المدبر [illegible]
واحكامهما [illegible] ذلك وانما لا يدخل حمل ام الولد المكاتب [illegible] ويدخل
للمكاتبة في الكتابة اشترطت او لم تشترط لان ولد العبد [illegible] ولم يدخل [illegible]
في الكتابة [illegible] بالشرط وليس كذلك [illegible] مع حملها اذ هو كعضو منها

وانما

والنفسه قالوا في المكاتب يعتق على المكاتب ثم يؤدي فيتعجل عتقه انما ترجع
الى ان يجيها ان عرفوا وان لم يعرفوا وقفنا ابدا على قول سحنون والعلة انما
توقف سنة مع ان ذلك كل منهما غير معروف للان وعلة المكاتب فترجع الى يدها
او لا يعقلان العلة اذ لا يعرف صاحبها والغالب لا يوجد يعيب صاحبها ولا
يعرف له خبر وقد قيل انه يعرف ثم يتصدق بها وفي يقسم في اوقاتها على سنة
تنبيه الاصل في هذا قصة زياد بن زياد مولى ابن عياش في على مراعاة
على المكاتب العقلة بالعصر قال مالك وبلغني انه كتب اسما بينهم في بطاقة
وجعلها عنده وكان يدعوا لهم حتى مات وفي موضع من جامع العتبية ان زياد بن
زياد هذا دخل على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ امير الخلافة فسلم ثم رجع ثم سلم
سلام الخلافة فقال عمر بن عبد العزيز اما والله اني لم انكر الاولى ثم نزل عمر بن
عبد العزيز عن مرتبته فقيل له في ذلك فقال اني كرهت ان اكون في مجلس على
من هو خير مني اثر هذا لا يعرف الفضل الا اولوا الفضل وافلح الشيوخ من مسئلة
العقلة من ان اخرج قائما في معادات الاسارى فماتوا او افتكوا او هربوا ان نفد
يرجع اليه وسئل عنها ابن ابي زيد فقال يعرض حضر مجلسه فجعله في الاسارى
والاخر كمن اخرج كسوة لمسكين يقف ببابه فخرج فيعطا المسكين فوجده قد ذهب فانه يشتهب
له ان يعطيها غيره قال القاضي ليس مثله ويحتمل قال الفداء له صاحبه لا قصد
اخرجه للفداء فوقع سهامهم بالغنيمة فلما استغني عن ذلك رجع اليه اثر يتحصل
الدليل على صحة ما قاله القاضي ابن رشد رحمه الله في سماع اصبغ في الجنائز قال
سمعت ابن القاسم يقول عن مالك فيمن مات فلم يكن له كفن وطلب له في الناس فجمع له
عشرون درهما فكفنه رجل من عنده وبقيت الدراهم فاراد غرماؤه اخذها وورثته
قال ليس ذلك وترد الدراهم الى اهلها قال ابن القاسم الا ان يشاؤوا وان يكونوا علموا
ورثته واحب الي ان ينتفعوا بها ان جعلوا وفي نوازل ابن ابي الغمر عن ابن القاسم مسئلة
ومسئلة المسكين في كتاب المدونة والجامع والعارية لمالك يعطيه غيره من
المساكين وقال ابن الماجشون واحبها ومثلها فيغلق من اعطى زكاة فلم يأكلها حتى

الشيخ فانه باكلها في نذا خذها بوجه جايز وان فعكسها ليقرو بها فلم
يقرو فانه يردها وعلى هذا فرع عكس فان ليقرا عليه فلم يقرا انه يرده
وكذالك لو اوصى بمال لرجل ليتزوج به فلم يتزوج انه يرجع ميراثا ابن عرفة
وعندي انه ينظر الى ما يعلم بالقراين من حال الموصي ان كان اراد ابن وفاق
والتوسعة عليه فيكون له ولو لم يتزوج وان اراد خصوصية النكاح رجع
ميراثا وان جهل الامر فيان هل عموم تجاوز النكاح فان لم يعلم رجع ميراثا وكذالك
من دفع له مال ليقرا عليه فلم يفعل فانه يرده وحكى الشيخ ابو محمد صالح ان
الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له ابوه مالا ليقرا عليه فرده
ان غرض ابيه لم يحصل فرد المال لابيه واخبره انه لم يبلغ من القراءة غرضه
فانتهى ابوه الى بعض الصالحين فشكا له امره فدعا له وقال اللهم افتح له
المدونة كما فتحت لسحنون فكان من النادلي ما كان وفي هذا المعنى مسألة سئل
عنها بعض الشيوخ وهي امراة افتكت من دار الحرب فسال لها بعض اهل بيتها
فتصدق عليها ورفعت الحرفة من اين حتى تنفق منها الباقي ثم حملت الى مواضع
كثيرة فجاءت بمال من جميع من بينها وطلبت الحرفة الموقوفة من ابن عيسى وكانت
لم يكتب لها في عقد ما جمل تدفع لها مع كونها غلقت دونها ام لا فاجاب
الحكم في المسألة على مقتضى السؤال ان يرجع ذالك العدد الموقوف برسم تلك المراة
اليها ان شفعها لما ابالة قبل خلاصها فقد كانت ملكته حين تصدق به عليها
للوجه المذكور وانما معنى النكم فيما اخذته بعد كمال من بينها من وجه النصا
والتكم في ذالك انما هو لمن دفعه ليشتري الك اليكم فيمكن انه من ذالك وجه يبقا به
لها او يشتري انه كان دفعه برسم الفداء ليجعل في فداء غيرها وانما قال ابن
القاسم اذا قال في مرضه اعتقت عبدي في صحتي لا يعتق في ثلث ولا راس مال وان
كانت عنده في الصحة وان يقبضها اذ قبضها في المرض ان ورث كلالة وحمله الثلث
جاز بخلاف الاقرار بقبض الكتابة في المرض كونه صحيح موضع الكتابة عنه في مرضه
وذالك يرجع الى الثلث بخلاف القايل كنت اعتقت عبدي في صحتي ولم يحملهم

وإن عكس فقال إن تسلفت لتستلف لي دراهم فعجل فإنه يرده ما لم يقع ...

بيان الابهام في الثلث

فقد عرض لقوله التتمة فيه انه اراد ان يعتقه من راس المال فيخرج قوله اذ لا
حكم له في راس المال قاله ابن يونس تنبيه اما قوله اعتقت عبدي في مرضي فقيل
انه بالكل وقيل انه من الثلث وقيل ان حمله الثلث جاز وان لم يحمله بطل كله لان
الثلث اذا كان يحمله لم يكن في افراده تتمة اذ لو شاء لاخرجه من الثلث وانظر هل يقوم
من هذا اذا قال كنت تصرفت هل تكون في الثلث ام تبطل وانما يجوز للمكاتب
ان يتزوج باذن سيده ولا يجوز له ان يعتق وان اذن له سيده لان العتق يمنع به من
جهة الرقبة في حال الكتابة بل هو اعيبة الاحرار فافهم بخلاف النكاح فانه قد
تكون فيه مصلحة اما بان يكون من يخدم له ماله او يساعده في امره ونحو ذلك
من امور الرقبة وغاية ما فيه احداث عيب النكاح على السيد بتعريضها للعجز وقد اسقط
حقه فيه باذنه والله اعلم وانما قالوا اذا اعتق المكاتب عبده باذن سيده
ان الولاء له اذا ادى كتابته واذا اعتق عبده القن بان لم يكن له ولاء من اعتق انما
يكون للسيد لان السيد لما كان قادرا على انتزاع مال عبد القن كانه هو المعتق
ولا كذلك المكاتب اذ لا يقدر السيد على انتزاعه منه فافترقا لذلك تنبيه
كل من اعتق باذن السيد من لا يقدر على انتزاع ماله كالمعتق الى اجل عند قرب الاجل
وام الولد في مرض السيد والمدبر في مرض السيد والمعتق بعضه اذا اعتق عبده
باذن السيد حكم جميعهم حكم المكاتب سواء والله اعلم

فروق كتاب الولاء

وانما قال ابن القاسم اذا اعتق المسلم النصراني يكون ولاؤه له واذا اعتق النصراني
المسلم فلا يملك ولاؤه لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وانما فائدة
ان من اعتق عبدا عن كافر كان ولاؤه للمسلمين واذا اعتق عن نصراني او جنينه ان
ولاءه له لان عتقه عن نصراني او جنينه قد دخل ذلك على نفسه فهو كالمتبرع
عتق العبد الزكاة او جعله لله للفقراء والمساكين فكان ما يعتق بها للمسلمين
دونه وايضا العتق في الكفارة واجب عليه وجوبا متعينا فجعل معتقا حكمه
والولاء تابع للمعتق والزكاة ليس العتق فيها متعينا لان العتق في الزكاة اخراج

جزء من الفضل وذلك الجزء هو للمساكين فإذا اشترى به عبدا فأعتقه لم يكن
الولاء له لأن الولاء لغيره فهو معتق لملك غيره واعترض هذا بقول فيكون بعض
هذا والمساكين من أصناف الثمانية وإنما يصح هذا لو كان المؤلفين بان هنالك
أن ينفق فيهما من أنهم يكونون العوض عنهم والنيابة وليس كذلك ولكنه لو اقتصر
في التعليل على أن يقال بالتعبير في الكفارة وعدم التعبير في الزكاة لكفاه والله أعلم
تنبيه ومن هذا أن اشترى الرقبة بعينها من زكاته وأما إن أخرجها عن زكاته
فيرجعها من الغلال ما يدخل من أخرج عن زكاته عرضا وقد يقال إن هذه أخف لأن
الرقبة ما يعطى فيها الزكاة قال ابن يونس يكتب العبد إذا عتق من الزكاة أو سائبة
في شيء كونه بلا مولى للمسلمين وإنما قالوا إن جر الولاء يكون بالجد دون الأخ وقالوا
إذا اجتمع جد وأخ كان الأخ أولى بالولاء لأن ذكر بعض جر الولاء إنما يكون بالنسب
والنسب بالجد دون الأخ واستحقاق الولاء كمن يعد فوق التعصيب والأخ
أقوى تعصيبا من الجد لأن تعصيب الأخ يستفاد من جهة البنوة وتعصيب البنوة
أقوى من تعصيب الأبوة وإنما قالوا إذا اجتمع جد وأخ كان الميراث بينهما
والأخ أولى من الجد بالولاء لأن الميراث يستحق بشيئين تعصيب ورحم والجد قد
اجتمع فيه الأمران فيساوى الأخ في الميراث والولاء إنما يستحق بتعصيب فقط لأنه
لا مدخل للرحم فيه ولما كان تعصيب الأخ أقوى من الجد لإدلائه بالبنوة كان أقوى
من الجد في الولاء وإنما قالوا إذا أعتق العبد عبدا له فأجاز السيد ذلك له
ثم عتق بعد ذلك فلا يعود ولاء عبده الذي أعتقه وأجازه السيد إليه وأنه إذا
أعتق المكاتب عبدا فأجاز سيده العتق ثم عتق المكاتب فإن ولاء الذي أعتقه
يعود إليه والكل عتق بإذن من عبد وولاؤه فعليه لأن العبد لما أعتق عبده
فعتقه عنه نافذ فلما أجاز ذلك السيد كأنه هو المعتق للعبد لأنه لو أراد
انتزاع ماله كان له فصار بمنزلة ذلك انتزاعا للعبد منه وعتق نفذ من جهته
وكان الولاء له ولن يعود إلى المعتق لأنه لم يصدر العتق منه إذ عتقه له عبد
والمكاتب لما أعتق عبده فأجازه السيد فالعتق لم يصدر من جهة السيد لأنه

ليس له انتزاع قال المكاتب وانما هو محجور عليه عتق بموت عليه فلذا او في
زال الحجر عنه فصل كتاب امهات الاولاد
وانما قال في المدونة اذا اقر في مرضه بما ذكر ولد منه ولم يعلم ذلك الا بقوله
فان ولد معها اكان يورث بولد صدق عتقت من راس المال وان لم يترك ولدا
لم يصدق ولا تعتق في الثلث واذا اقر في مرضه انها اعتقها في صحته فلا تعتق هي
تلك ولا من راس المال وقاله اكثر الرواة ولم يختلف قوله فيه لان الولادة شاهدتها
ابن شتار في غالب الحال وكذلك العتق ان الغالب فيه ان شهد وان شهدا
فلما لم يعلم منه هذا العتق الا بقوله في المرض قويت ريبته وكره قوله وكان اشد
ريبة من صاحب الولد قاله ابن يونس وانما قال في الكتاب اذا اتت ام الولد بولد
في حياة سيدها او بعد موته او بعد ان اعتقها لما يلد له النساء فالولد لاحق به الا ان
يدعي استبراء فلا يلحق واذا اتت امة بولد فانكره ولم يقر بالوطء لم يلحق به الا
ان يقر بالوطء لان الولد فرع عليهما فرانة للتولد فاذا اتت بولد لزمه الا ان يدعي
الاستبراء قاله ابن يونس وانما يجب على الواطئ قيمة الامة اذا بينه بولدها وان لم تحمل
ولا تقوم الا انها المشتركة على واطئها من الشريكين الا ان تحمل لان الشريك لم يحرم عليه
الا بوطء شريكه بخلاف الابن فانها قد حرمت عليه فينبغي ان يغرم قيمتها وانما
قال ابن القاسم وابن عبد الحكم في الاب يطا امة ابنه للابن الخيار اذا كان قيمتها
عليهما وليس من اجل جارية لرجل فوطئها ذلك الرجلان بينهما بما لا ان الحمل يعلم
ذلك فتعذر ان يعرف بان لا تعود اليه بخلاف الابن فانه لم يبح وكذا انه للاب فينبغي
عليهما من ذلك فاذا كان قيمتها عليهما رد ثمن عليه ولا تخرج من يده الا ان يشاء كالامر
الشريكين يطا امة بينهما وانتصب الحمل من بعد ان يحلها من اخرى وايضا لو رد
اليه لكان ذلك ذريعة الى عارية الفروج بخلاف المستحب وابن القاسم يرده بما قال جميع
ذلك ابن يونس وانما قال في الكتاب اذا اشترى زوجته لم تكن له ام ولد بما ولدته
قبل الشراء واذا ابتاعها حاملا فلا تكون له بذلك الحمل ام الولد لان ما ولدته قبل
ان للبائع وكذلك اذا اشتراها وهي حامل انه حين اشتراها عتق عليه ما في

بطنها فلا تكتسب بذلك الحرية فيما زنت كما لو وضع التكملة حرة تنبيه ومثله
كله اذا اشتراها من غير ابيه واما لو اشتراها من ابيه فانها لا تكون بذلك الحمل
ام ولد لان ما في بطنها قد عتق على جده قال ابن المواز ولا تكون ام ولد ابدا لو ملك
رقبتها بما في بطنها حتى يعتق الجنين عليه لا غيره ابن يونس ولو اشتراها وزوجته بعد
ان اعتق السيد ما في بطنها فشراؤه جائز وتكون بما تلد ام ولد لانه عليه عتق وليس
فيه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع ولانها تباع عليه في فلسه ويبيعها
ورثته قبل الوضع ان شاؤوا وان لم يكن عليه دين والثلث يحملها وانما قال في المدونة
اذا اشترى زوجته الحامل وهي امة لابيه انها تكون بذلك الحمل ام ولد واذا اشترى
زوجة ابيه حاملا انفسخ النكاح ولا تكون ام ولد به وتبقى رقيقا للابن والجامع
ان كل واحدة منهما اشتريت وهي حامل وما في بطنها عتق فيما بين الولد وجانب الاب
خلوص الملك بسببه وقطع وفي زوجة الاب فرسبة الرق في بطنها وانما اعتق باشتراء
الولد لامه فاشبه العتق بالثمن فتامل وانما قال اعتق ام ولده على ان يكون الولد
عنده يلزمه العتق ولا يتبعه الولد ولو خالع الحر زوجته على ان يكون الولد عنده
جاز لان ام الولد التي منت ذلك في حال ملك عليها شبهة العبد ولا كذلك الحرة
وقيل يلزمها كالحرة والقولان في كتاب محمد وانما قال في المدونة اذا باع ام ولده
فاعتقها المبتاع فان العتق يمضي ولا يرد لان ابن رشد وافق لا ترجع في الرق اصلا
والمدبر يلحقه الثلث وقد يعجز وانما قال في المدونة اذا اشترى المأذون امة فوطئها
ثم اعتق وهي حامل منه انها لا تكون له ام ولد بما كانت حاملا به ولو اعتقها بعد ان
اعتق له الحمل قبل ذلك وكانت حدوده ما عذره امة حتى تضع فيصير الولد للسيد الذي
وتعتق هي بالعتق الاول بما يغير احكام عتق واذا اعتق امة فوهب جنينها لرجل
جاز وعجل عتقها لان السيد المأذون ملك الجنين ملكا تاما فلم يكمل ملكه بعتق المأذون
للامة الزوهب لها الجنين لم يملك الاول قاله غير الحق قلت حاصله ان العتق في
الملك بالسنة والملك بالدين فتامل كالعتق بالثمن فتامل والعتق بالسنة وانما
قال انه يجوز للمأذون بيع ام ولده الا باذن سيده لانها قد تكون حاملا وما في بطنها

نشيره

للشريك فلا يبيع ملك الشريك الا باذنه واذا وكله فقد قلنا ان يبيعهما بغير شريك مع
انهما قد تكونا حاملا ايضا فيبيع ملك الشريك بغير اذنه لان ام الولد قد صارت حرمة
للشريك اقوى وعتقها للولد فكذلك اجازه قال ابو موسى بن مناس ورأيت بعضا اجازه
اذا اتت بولد ان يلحق بالشريك الا ان تقيم من علم ذلك بينة ولا كذلك ام الولد
قد ان ولدت بين الاحرار بالشريك ان يتبعه ويرد الاشتراء قال ابو يونس تنبيه
اعترض الشيوخ هذا الفرق بانه لم يتناول محل الجمع بين الامة وام الولد لان الفرق
ان الامة قد افرد الشريك بيعها وانكر تعليلهم منع اخذ ثمن بيع ام ولده الا باذن
شريكه فانها قد تكون حاملا منه وقد حكمنا للشريك فانه يأتي على ان العبد اذا كان
ملكه وله ان لا يبيع ام ولده وان اذن له الشريك لان ام ولد الحر عنده مما لا يباع الا في
الدين السابق في الحياة او في السابق وفي الدين الحادث ومن خلاف قوله في امهات الاولاد
من المدونة وليس للعبد ان يبيع ام ولده في حياة سيده الا باذنه وجعلها انه ماله ولو
بيتا فلذلك وانما قال في المدونة اذا اسلمت ام الولد الذمي وقفت في اخر قولي
مالك واذا اسلم عبده بيع مع انه قد كان اوصى فانه من زوال ملك الذمي انهما لا ن
ام الولد لا تأتي بيعهما شرعا وقد يعتق له بهما الا في استبراء النسب وان استثنى وارش
الجناية فلو اعتقهما مع احتمال استيلاده بعد ان تكونا قد قلنا عليه باخراج ام
ولده عن ملكه بغير عوض ولا كذلك اذا اسلم عبده فانا لم نخرجه مجانا عنه اذ ثمنه
بعوض قطع عنه فافترقا وانما قالوا اذا اسلمت ام ولد الذمي ثم اسلم بعدها
كان مالكا لها لانه لم يحكم ببيعها او عتقها على الخلاف ويعود الولاء للذمي واذا
اسلمت جارية الذمي وتركها بعد الاسلام فحملت ثم اسلم كانت كما لو حملت قبل الاسلام
ولا يعود بها الولاء مع ان الشبهة ام ولد الذمي لان ام الولد اذا حملت قبل الاسلام
في الكفر فقد ثبتت له حرمة الاستيلاد في حالة يثبت له عليها الولاء بها من جمع الزمن
اذا اسلم وليس كذلك اذا ولدت قبل الاسلام لان الاستيلاد حصل منه في حال
يمنع ان يثبت له عليها ولاء فلذلك لم يثبت له عليها ولاء اذا اسلم وانما
قالوا اذا اعجل عتق ام الولد على ان ترجع اليه ثم مات الشريك قبل ان يقبضه يقبضها

وعليهما ديته للورثة وإذا كاتبهما على قول من أجاز قبل أن تؤدي من الكتابة منعهما ذلك
ولو عتقهما من رأس المال وفي كلالة لم يعتبر منهما ولم تعتق من ثلثه لأن من الولد إذا عجل
عتقهما بعوض في ذمتهما بمنزلة العتق قبل موته وحملت كالملة العربية ولم تستعبد
ذلك إلا بذلك العوض فلزمهما دفعه إلى الورثة لأنه كدين الميت على غريمه
وليس كذلك إذا كاتبهما في مرضه لم تعتق في حياته إلا السيد إنما تعتق بالأداء فإذا أدى
السيد قبل الأداء مات وبقي على ملكه فتعتق بموته وإنما قال ابن القاسم في
المدونة إذا باع أمته ومعها ولد منه استلحق الولد عند الموت فعند سيده أنه يلحق
به أو لم يتهم بانقطاع من الولد إليه وهو كالولد فإن في استلحاق من أحاط الدين
بماله ولد أمته ولدين له أنه يلحق به وتكون به أم ولد ولا يلحقهما الدين أن التهمة
فيهما حاصلة لأن الدين إن استحقوا الرقبة في ملكه والمريض إنما استلحق الرقبة فقد
باعها وزالت عن ملكه وأيضا الدين لغرمائه رد عتقه فيتهم أن الذي بيعهما والمريض
لم يتهم للورثة عن منعه من انقطاع عتقه فلذلك افترقا قاله بعض أصحاب أبي
يونس قلت يبه قال ابن يونس وهذا الفعل ضعيف واحتجاج فيه وذلك أن
ابن القاسم إنما جعل العلة في ذلك التهمة لا تنقال الملك الذي هو مراده وقد يجوز
عند ابن القاسم أن يستلحق ولد أمة في ملكه أو بعد أن باعها منه وكذلك لو استلحق
ولد أمة في ملكه عند موته بسنين كثيرة من ولادته وإن اتهم أن يجير أنه إليه لا انقطاع
الصبي وورثته كلالة وأنه لا يلحق به عند ابن القاسم فإذا صح أن العلة عنده إنما
هي التهمة نظرنا في قوتهما فوجدنا الدين أقوى تهمة لأن ما يرد لغرمائه قد يستنكح
فيه منع شيء من المعروف وإن فعل ابن باه رد غرمائه والمريض يجوز معروفه في ثلثه وإن
كره وارثه فتهمة المديان فيما يرده من الدين فكان أضعف تهمة وأما احتجاجه بأن الدين كان
ابتغى لغرمائه رد عتقه فيبطل البيع ومريض فبذلك الذي ولو كانت عندهم حجة للذي هم ذلك
في عتقه ولا يكون إنما العلة اتهم راوي استلحاق النسب بالدين لا يتهم الناس فيه لوجوه
عنها الثلاث فالمال في الأمة والثاني الشرع نقصهما وتبعة الولد وشرفه والثالث
فقطع ميراث رحمه وأعطاه به فإذا وجب أنه لم للأجنبي وقد ما أو أراد أن يعطوه كان

هذا

هذا مستبعد في النفوس لم يتهم الناس والله اعلم وانما قال ابن القاسم اذا ادعى
اللقيط ملتقطه او غيره انه ابنه لم يلحق به الا ببينة واذا استلحق ولدا لم يولد عنده
ولا عرف انه ملك امه بشراء ولا نكاح ولا تبين كذبه فانه يلحق به لان اللقيط حر
ولاؤه للمسلمين ولذلك نسب جائز فلا ينقل عنه الا بامر يثبت او جاء يدل انه ابنه
والمستلحق لم يجز نسب فوجب ان يلحق به وانما يستلحق الرجل ولا تستلحق المرأة
لان المرأة تلحقه بغيرها والرجل يلحقه بنفسه قاله ابن يونس وانما يستلحق
الاب ولا يستلحق الجد لان الجد ليس عنده من العلم بان الولد لولد ابنه ما عند الاب فل
ذلك منعه وانما قال في المدونة اذا وطئ احد الشريكين الامة فاتت بولد
ان علقته لشريكه ان كان مليا نصف قيمة الامة يقطع يوم الوطء او يوم الحمل وان كان
عديما اتبع بنصف قيمة الام ونصف قيمة الولد لان الشريك الواطئ اذا كان مليا
تبين كون الولد انما يكون على ملكه حين ضمن القيمة وفي العديم كانه لم يضمن شيئا فكان
الولد تكون على ملكهما وهذا كله استحسان على غير حكم لم يجعله كالموسر لا تلزمه
قيمة الولد ولم يجعله كالمديان يعتق عبده ثم غرماؤه عتقه لان حكم الحاكم بالاء اقوى
في الزوجة قيمة الولد استحسانا على غير قياس وانما جعلت القافة في الاماء دون
الزوجات لان القافة انما يحكم بها مع تساوي الفراشين وهذا انما يوجد في الاماء وليس
كذلك الزوجة فانها لا تكون الا لزوج واحد ولا يجتمع فيها فراشان مستويان وايضا
ولد الامة يشبه الجد بالفراش ولد الزوجة يشبه بغير الفراش ولم تنف القافة انما هو حكم
من الاجتهاد فلا تنقل ولد الحرة عن اليقين بالاجتهاد فلما جاز نفي ولد الامة بغير اللعان
جاز نفيه بالقافة قاله جميعه ابن عمران وانما يستلحق الملتقط المسلم او غيره الملتقط
اللقيط ويلحقه بامر البينة او دليل على غيرهما والذمي لا يلحقه الا ببينة والجميع استلحاق
في المسلم انما يستلحقه بالوجه الثاني في رواية ابن سلام لم يتقرر بها حرج الا ولا
الا بوجه شاء فلما كان هذا مفقودا في النصراني لم يصح استناده اليه قاله ابن عرفة
وانما جعل في المدونة القافة ولا حد الشريكين في الامة اذا وطئاها في طهر ولم تحمل
ولم يجعل ذلك في المدونة بين الشريكين فيها احدهما ولم تحمل لان القافة انما هي بوجود

الى نقل الولاء وشبهما في سبيل الله بخلاف الامة

فــــــرق كتاب الصرف

وانما اجاز الرد في الدرهم ولم يجزه في الدينار لان السعة في الدراهم الصحاح والصغار سواء ولا كذلك الدينار فان سعر الصحيح منه بخلافه اذا كان قطعة وايضا الضرورة تدعوا الى استيفاء بعض الدرهم بخلاف الدينار تنبيه قال ابن عرفة نقل بعضهم جواز الرد في الدينار لا اعرفه وذكر عن بعض عدول بلدنا المدرسين سؤاله به فبعث اليه الفقيه ابن عبد السلام واتاه فسأله عما نقل عنه لثبوته على ذالك فانكر سؤاله بذالك قلت ووقعت قريبا بتلمسان فافتى شيخنا وشيخ شيوخنا الشيخ ابو الفضل قاسم العقباني بالجواز اعتمادا بكلام الشماع في العتبية وافتى شيخ شيوخنا الشيخ الحفيد ابو عبد الله بن مرزوق بالمنع وقال قاله الشماع وغيره يكون لنفع المردود دراهم فاستخرج الحفيد في سؤاله واشهد على نفسه بالرجوع عنها الى صحة ما اجاب به ابن مرزوق وهو الصواب وانما جوزوا بيع شريك في حلي حصته لشريكه بوزن نصفه وكذا نقض عينهما ومنعوه في الدينار لان الحلي يراد لعينه وصيانة عنه وكذا النقض لا غرض في عينهما لانهما لو استوفيا ثمنا فسخ البيع بخلاف الدينار وان قال في اجازته في الحلي انه موضع اختلاف تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله ذكر اللخمي في الدينار الجواز كالدراهم وقبل كان بعض شيوخ ابن قداح كالشيخ الفقيه المشهور ابي محمد الزواوي والشيخ الفقيه ابي محمد ابي القاسم بن زيتون يفتي بالمنع وان ابن قداح كان يفتي بالجواز حتى ذكر له فتوى سؤال فرجع عنه للمنع قال ابن عرفة وكان ابن عبد السلام يفتي بالجواز وابن قداح بالمنع وقال ابن قداح فيما اخبرني عنه ثقة حيث ذكرت له فتوى ابن عبد السلام حسبه الله من شيخ واخذ ابن عبد السلام مرفوقا في الحلي اخذا ضروريا فقال لان فيه الحلي يجوز بخلاف الدينار ونحوه قوله فيه يجوز في الدينار والحلي للضرورة ولذا منع في المدونة بيع ذهب وفضة بذهب وفضة واجاز في الشركة ان يخرج هذا ذهبا وفضة وهذا مثله ذهبا وفضة مع ان الشركة بيع في جميع ما

اخرج

أخرج كل منهما ولزارع ابن القاسم شركة أحدهما بدنانير والآخر بدراهم ولو تساوت
قيمتاهما لأنه صرف وبيع لأنه كان يحتمل كل منهما بما يأخذ من صاحبه فوقعت تهمة فمن كل
واحد الى أجود عرض صاحبه عنده من مقابله في عرض صاحبه المذكورة قبلها فما
الموجب للمنع والشركة لا اختصاص فيها بفعل أنها بيع ما ولعدم المناجزة الحقيقية
قاله ابن عرفة. وإنما منع في المدونة مع جزء من دينار فعين بالتبعية لبائعه وأجاز
ذلك المشتاع لأن الخلط في الدنانير فكلها أحرز والعمل فيما تبادله لقول عمر رضي الله
عنه لا تبايعوه ولو استنظرك وراء بيته شيء. وإنما منع في الكتاب بيع حلي فيه ذهب وفضة
بذهب أو فضة نقدا وإن كان أحدهما تبعا للآخر وأجاز بيع السيف إذا كانت فضته
تبعا لنصله بالفضة لأن الحلي كله تباع بفضة وعرض بعض بفضة ولا فضة ولا ذهب
بذهب بعضه السنة بيع السيف إذا كانت فضته تبعا لنصله بالفضة على ما
ذكره كما ورد في البيان وبغير ما ذكره على أصل المنع وأيضا الذهب والفضة في مسألة
الحلي وإن كان أحدهما تبعا فكل واحد مقصود لعينه والفضة التبع للنصل غير مقصود
بعينه فما هي كمال العبد تبعيته لا يقال يلزم على هذا إذا اكترى دارا أو أرضا
وفيها ثمرة لم يبد صلاحها وهي تبع الا يجوز لأنها مقصودة لأنا نقول المقصود
السكنى في الدار وكذا زرع في الأرض وليس سلمها لأن المزارع فالفرق أن بيع الثمر
قبل بدو صلاحها إنما فيه الغرر والغرر إذا انضاف الى أصل فلا يكون تبعا له فإنه
مغتفر جائز ولا كذلك مسألة الحلي لأنه من باب الربا لا يجوز منه قليل ولا كثير
وإنما قال بعض القرويين إذا استحقت حلية السيف يرجع المبتاع بحصتها
من الثمن في الأولى لسحنون وإذا استحق مال العبد المشترط ماله لا يرجع بشيء إذ لا حصة
له من الثمن لأن مال العبد مشترط للعبد فهو تبع له لم يقع عليه ثمن وحلية السيف
ليست مشترطة للسيف لأن السيف لا يملك شيئا فقد وقع عليها حصة من الثمن وأيضا
إذ لا غنى للسيف عنها وفيها فيما مات للجماد وقد أجازوا الصلاة بالكيمخت
في السيف بخلاف كونه في غيره قاله ابن يونس. وإنما أجازوا غيبة أحد النقدين
في الرهن ولم يجيزوا غيبة أحد النقدين في المبادلة مع أن الجميع صرف في المعنى

بين الكفالتين تعلقا من غرامة الاعيان بها بخلاف التعزير وأما كان يتصور
جوازه في المشكوك المغصوب الغائب والمشهور منع هذا المشكوك والرهون والمودع
إذا كان غير بينا بين الرهون والمودع عينه فتعلق بالذمة ولم يزل في ملك ربه والمغصوب
قد تعلق بذمة الغاصب بوضع يد الغصب عليه فأشبه من قبله الذمة فلذلك
تعاكسوا وأما البطل الذمة بتسليمهما معا ولم يطلق بتسليم أحدهما ان لم يكمل
لأن تسليمهما معا مكنة للتأخير وتسليم أحدهما يقتضي ذلك لكن الأعمال هي
الأول وعلته في التلاقي وأيضا تسليم أحدهما بسداد عمل أحدهما بخلاف تسليمهما
قاله ابن محرز عن بعض المذاكرين وأيضا تسليم كل منهما افراد بموجب العقد وهو
العقد بخلاف تسليم أحدهما بين الواحد يكون القسم في عدة العقد لتتمته على
ازاد به العقد قاله ابن الكاتب والباجي وهو قريب من ابن قبله تنبيه مراد
صاحب العمدة قال بان تسليمهما افرد الى القول لكونه مكنة التأخير لان فيه
الكون من تسليم أحدهما كما اقتضت اشارة ابن عبد السلام وأما كان أحد كان
تسليمهما معروفة للتأخير وكل ما كان تعدد العروض كان محل الغرر فيه أوفر وأما
قالوا إذا كان الصرف في أكثر من دينار بالتيسير أن يكون البيع بأقل من دينار على
المشهور وقيل أن يكون تلك الصفقة فلا تحصلت الشركة في دينار أو لم تحصل
وإذا كان البيع أكثر لم يجز إلا إن فصل الشركة في دينار واحد اتفاقا فإن كان الصرف أيسر
في الاطلاع من البيع فإذا تبعه البيع انسحب عليه حكم الصرف لتبعيته له وكذا نرد
أمركم وإذا كان البيع أكثر بحوار وضع إحكام فلا تحسن تبعية الصرف له لأن فيه إبطال
حكم الصرف بجهة التبعية والاحتيال يأتي في ذلك تنبيه ابن عبد السلام ونقل البرزلي
إنما يحسن أو إجازة التأخير في السلعة أن اجتمع مع الصرف في الموضع الذي يجوز
وأما لا يجوز المناجزة على بيع الطعام قبل قبضه اتفاقا عند ابن رشد خلافا
للخمي ويختلف فيهما في الصرف لأن المناجزة في الصرف إنما يتخيل فيها وجه منع
من تأخير وفي الطعام قبل قبضه كالمناجزة على النكاح في العدة وإنما قد منعت
فيهما لأن فساد العقد مؤثر فيهما فجعلت المناجزة حريما له قال ابن رشد وقد كره

مثل الفرق لم تسمى باسم الفقيه فلم يفهمه وإنما جازوا في القضاء الرجحان اليسير
ولم يجيزوا الزيادة في العدد لأن زيادة الرجحان منفصلة فكانت كالزيادة في
الصفقة ولا كذلك زيادة العدد وإنما منع ابن القاسم في أحد قوليه اقتضاء
خمسين محمولة عن مائة سمراء وأجاز أخذ تبر أدنى وأقل قدرا من تبر كان أجود لأن التبر
عند الناس نوع واحد واسم السمراء والمحمولة متباعد ما بينهما وإنما اشترط
ابن القاسم حضور القائمة لئلا يكون إجازة المستهلك العرض وقال فيمن استودع قمحا فباعه
المودع من آخر بطعام فخالف ثم قدم رب الطعام أن له إجازة البيع وأخذ العوض
ولم يشترط حضور الطعام لأن المودع ضمن القمح بتعديه بالبيع فقد تعلق بذمته
مثله ولا معنى لاشتراط حضوره في الذمة والذي توهم الفرق في مسئلة القائمة ليس
بمتعد فلا ضمان عليه فأشبه ضربا من الوديعة فلذلك اشترط الحضور
وإنما أجازوا الزيادة في الذهب والدراهم إذا كان التعامل بها عددا ولم
يجيزوها إذا كان التعامل بها وزنا لأن الأصل كان منعها إلا أنهم رأوا أنه لما كان
التعامل بالعدد أن النقص يجري مجرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة لأنه لما كان
النقص لا يتشاح به صار إبداله معروفا والمعروف يتوسع في غيره وإنما اتفق
المذهب على اعتبار السكة والصياغة في القضاء واختلف فيهما في المراطلة لأن
المراطلة لم يجب لأحدهما قبل الآخر شيء فينظر في ترك الفضل من أجل ما أخذه صاحبه
فصار ذهب مسكوك أو مصوغ فإذا أخذ عنه تبرا أجود فينظر أن يكون ترك فضل
السكة والصياغة لفضل الجودة وإنما منعوا اقتضاء المجموعة من القائمة
وأجازوا اقتضاء القائمة منها مع أن للمجموعة فضل العدد وللقائمة الوزن
والجودة فيدور الفضل فيمتنع اقتضاء القائمة منها كما امتنع اقتضاء المجموعة
منها لأن المجموعة إذا تفرقت لم تثبت في الذمة فلما دخلها حينئذ على الوزن فقط
لأنه لم يترتب له عدد معلوم ولو اعتبرنا له الافتراق لكان من العدد ما كان ولا يدري ما يقتضيه
بخلاف إذا تقررت القائمة في الذمة فإنه قد ترتب له عدد فإذا قضاه مجموعة فلأن
التقصير أدى الحاجة إلى زيادة العدد فلا يشترط ما قاله ابن بشير وإنما لم يعتبر

الربا من الغير وسيأتي على القول الشاذ واعتبر المنع من بيع التفرقة فيهما بلا خلاف مع ان قياس جواز الربا فيهما جواز التفرقة وبيانه ان الجمع قلته في باب الربى ولزومه في فداء المالك وهو المطلوب في باب التفرقة كان الغير لو وهب له بيع عليه ولو كان ما له فال السيد فيما يتعلق بتفرقة الفداء وهو بالملك في غير الفداء انما يتعلق بما له او كان بتفرقته ثانيا في حال شيرائه اتفاقا وللتفرقة على المشهور خلافا لسحنون

فروق كتاب السلم

وانما جاز في صفقة الطعام بخيار ولم يجز في صفقة الثياب بخيار ولا في صفقة الحيوان بخيار لان الطعام يتقارب الخيار فيه ولا يختلف اختلافا متباينا ويكون له التوسط من الجيد والجيد من الحيوان ان العارف يختلف اختلافا متباينا فلا يتقارب وانما قال ابن القاسم اذا اهدى المسلم اليه رأس مال السلم طعاما او نحاسا بعد شهر او شهرين من وقته البدل ولا ينقض واذا تأخر الى اجل وهو عين فانه ينتقض لان تأخير رأس المال لم ينتقض منه شيئا ولا كذالك فانه قد نقد ولا يحمل على انه نقد نقد الزيوف فاجيز له البدل لذالك وانما قال ابن القاسم فيمن له دين على رجل فقال له اسلمه لك في طعام انه لا يجوز حتى يقبضه ويبرأ من التهمة ولو قال له اسلمه الى غيرك وقبضه منه الغريم ثم اعاده اليه في الوقت جاز لان الذي قبض منه دينه ثم اعاده اليه سلفا بينهما ان يكونا اضمرا على ذالك فيعود معه المال او قد رجع سلفا بزيادة او هما انا يحمل في ابراء على ولاء لدى والله اعلم وانما حل اجل المسلم بموت المسلم اليه ولم يحل بموت المسلم لان الدين انما كان يبقى في ذمته وقد بطلت الذمة بالموت فوجب تعجيله من تركته بخلاف موت المسلم وانما جعل في المدونة البغال والحمير جنسا واحدا في السلم فمنع سلم احدهما في الآخر حتى وجعلهما في القسم جنسين لمنعه جمعهما في القسم بالقرعة ولولا انهما جنسين عنده لما منع من الجمع اذا الجنس الواحد يجمع في قسم القرعة لان الغرض في القسم دفع الضرر فاذا كانت الحمير على حالتها تنقسم كان قسم ذلك على حدة اولى وجعلهما كالصنفين احتياطا لئلا يدخل في التهمة وغيرها في السلم كمنعه واحد خيفة سلم الشيء في مثله حتى يتبين امرهما فيعلى على

الاعتناء

الاختيار في ذلك كله قاله عبد الحق تنبيه هذا الفرع ضعيف جدا لانه قد جمع في
القسم بين الثياب التي لا تبتذل فان اجعلنا سمها مختلفة وان ذكرنا بعضها متقاربة بجمع ثياب
الحرير والكتان والقطن والصوف في القسم فلا اختيار منا مع انه يجوز سلم الحرير
في الصوف وكل واحد من نوع ابن شاس في جواهره قال ابن عرفة والحوانيت منه مشكلة
والصواب عموم الجمع وانما يمنع بيع ثوب بعلم البائع للمشتري من غزل بعينه ويجوز
بيع ثور من فارس بعلمه البائع للمشتري لان الثور يكره الحرث عادة وامكانه ينفي الغرر عن
البيع بخلاف الثوب فان امكانه انه عادة فيه غير حاصل وانما لم يشترطوا الاجل في
السلم الى اهل الصناعات فيما يصنعونه بل يجوز ان يكون مؤجلا كغيره ويجوز ان يكون حالا
واشترطوا في هذا السلم الى غيرهم لان حاله في الغالب من حضور استعدادهم فيما يصنعون
منه وتحصيله عليهم ايسر من تحصيله على غيرهم فلا يعوزهم وجوده كما يعوز غيرهم فلا
غرر في السلم الحال اليهم فيما يصنعونه لان نسبته اليهم كنسبة العين الى جميع الناس
فيجوز الحلول فيه كما يجوز البيع بالعين على الحلول بخلاف غيرهم تنبيه هذا لم يظهر
للشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله هذا الفرق واستغرب هذه المسألة فوقف بجواز السلم الحال
قال الشيخ ابو الطاهر ابن بشير ومقتضى الروايات خلاف ما قال انما هو بيع نقد ولا يفتقر
الى اجل وانما لا يجوز ان يوكل الذي له السلم على قبض السلم زوجة الذي عليه السلم
او يبيعه بقبضها ويجوز ان يسلم الى امراة او الى زوجته قال لم يسلمه لان الزوجة انما لم تكن
قابضة على زوجها لانها مع زوجها في داره فكان السلم لم يزل على الذي عليه السلم فلم يتم
القبض واما من بالسلم انما اسلم شيئا في ذمة زوجته وذمتها خاصة بها ويتعلق بها فلا
فرق بينها وبين الاجنبي في ذلك قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وايضا بيع المسلم
بقبض زوجة المسلم اليه يتعلق به حق الله وهو الكراء ابن ذي قاله ابن عرفة رحمه
الله وانما لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه وبيع الثمار قبل الزهو على التبقية
وان لم يتقدم النقد على المشهور خلافا للسيوري ويجوز العقد على الارض المعروفة في الدابة
على ان يركبها الى اجل بعيد بشرط وقف الثمن لاختبار انكشاف الماء وحصول الدابة
سالمة لان البيع يقتضي لزومه تعلقه بعوضه واستقبال تقرر فيما باعه ما ذا لعوضان

الربا بين العبد وسيده على القول الشاذ واعتبر المنع من بيع التفرقة فيهما بلا خلاف
مع ان قياس جواز الربا بينهما جواز التفرقة وبيانه ان الجمع قلته في باب الربا ولزومه
في غلة المالك وهو المطلوب في باب التفرقة كان العبد لو رد بعد البيع عليه ولو كان
ماله فقال الشيخ فيما نعتبر تفرقة الامهات دون وهو بالملك في دين الامهات دون انما يتعلق بالمال
او كان تفرقته ثابتا في حال سيده اتفاقا ولا بتفرقته على المشهور خلافا لسحنون

فــــرق كتاب السلم

وانما جازوا في صفة الطعام بجيد ولم يجيزوا في صفة الثياب بجيد ولا في صفة
الحيوان بفاره لان الطعام يتقارب الجيد منه ولا يختلف اختلافا متباينا ويكون له
الوسط من الجيد والجيد من الحيوان والفاره يختلف اختلافا متباينا لا يتقارب
وانما قال ابن القاسم اذا اخذ المسلم اليه رأس مال السلم طعاما او غيره ثم
بعد شهر او شهرين فله البدل ولا ينتقض واذا تأخر الى اجل وهو غير ما نقد بعينه لان
تأخير رأس المال لم ينتقض منه شيئا ولا كذلك ما اذا بان انه نقص ولا يحمل على انه نقص
نقد الزيوف فاجيز له البدل لذلك وانما قال ابن القاسم فيمن له دين على رجل فقال
له اسلمه لي في طعام انه لا يجوز حتى يقبضه ويبرأ من التهمة ولو قال له اسلمه الى
غيرك وقبضه منه الغريم ثم اعاده اليه في الوقت جاز لان الذي قبض منه دينه ثم
اعاده اليه سلما بينهما ان يكونا اضمرا على ذلك فيعود معه الحال او قد رجع
سلفا بزيادة او هما تابعا يجعل في ابه علو والادنى والله اعلم وانما حل اجل المسلم
بموت المسلم اليه ولم يحل بموت المسلم لان الدين انما كان يبقى في ذمته وقد بطلت الذمة
بالموت فوجب تعجيله من تركته بخلاف موت المسلم وانما جعل في المدونة البغال
والحمير جنسا واحدا في السلم فمنع سلم احدهما في الآخر حتى وجعلهما في القسم
جنسين فمنع جمعهما في القسم بالقرعة ولولا انهما جنسان عنده فلا منع من جمع اذ الجنس
الواحد يجمع في قسم القرعة لان الغرض في القسم جمع الجنس كله فاذا كانت الحمير على حالتها
تنقسم كان قسم ذلك على حدة اولى وجعلهما كالصنفين احتياطا لئلا يدخل في التفاضل
وغيرهما في السلم كصنف واحد خيفة سلم الشيء في مثله حتى يتبين اختلافهما فيقوى على

الاعتناء

الاختلافها في ذلك كله قاله عبد الحق تنبيه انما منع الغزل بعضه جزافا لانه قد يجمع في
القسم من الثياب التي لا تبتاع جزافا اجناسا مختلفة وان كانا جنسا متباينة بجمع ثياب
الحرير والكتان والقطن والصوف في القسم فان اختلافها مانع مع انه يجوز سلم الحرير
في الصوف وكل واحد من هذه ابن عبد السلام في صاحبه قال ابن عرفة والجواب منه مشكلة
والصواب عدم الجمع وانما يمنع بيع ثوب بعلم البائع للمشتري من غزل بعينه ويجوز
بيع ثور من غلس بعلم البائع للمشتري لان الثور يكرى عادة وامكانه يزيل الغرر عن
البيع بخلاف الثوب فان امكانه عادة فيه غير حاصل وانما لم يشترطوا الاجل في
السلم الى اهل الصناعات فيما يصنعونه بل يجوز ان يكون مؤجلا كغيره ويجوز ان يكون حالا
واشترطوا في منعه السلم الى غيرهم ابن جماعة لان الغالب من حال اهل الصنعة ما يصنعون
منه وتحصيله عليهم ايسر من تحصيله على غيرهم فلا يعوزهم وجوده كما يعوز غيرهم فلا
غرر في السلم الحال اليهم فيما يصنعونه لان نسبته اليهم كنسبة العين الى جميع الناس
فيجوز الحلول فيه كما يجوز البيع بالعين على الحلول بخلاف غيرهم تنبيه انما لم يكن
للشيخ ابي الحسن اللخمي رحمه الله منع الغرر واستغنى من المسئلة قولا بجواز السلم الحال
قال الشيخ ابو الكلام ابن بشير ومقتضى الروايات خلاف ما قال انما هو بيع نقد ولا يفتقر
الى اجل وانما لا يجوز ان يوكل الزوجة المسلم على قبض السلم زوجه الذي عليه المسلم
وبيعه بقبضها ويجوز ان يسلم المامور الى زوجته ما لم يسلمه لان الزوجة انما لم تكن
قابضة على زوجها لانها مع زوجها في دار وكان المسلم لم يزل على الذي عليه السلم فلم يتم
القبض وانما هو بالسلم انما اسلم شيئا في ذمة زوجته وذمتها خاصة بها ويتعلق بها ما جعلا
فرق بينها وبين الاجنبي في ذلك قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وايضا بيع المسلم
بقبض زوجة المسلم اليه يتعلق به حق الله ومنه اكثر من ابن ذمي قاله ابن عرفة رحمه
الله وانما لا يجوز السلم في نسل حيوان بعينه وبيع الثمار قبل الزهو على التبقية
وان لم ينقد الثمن على المشهور خلافا للسيوري ويجوز العقد على الارض المعروفة في الدابة
على ان لا يركبها الا الى اجل بعيد بشرطها وقف الثمن لاختبار انكشاف الماء وحصول الدابة
سالمة لان البيع يقتضي لزامه تعلقه بعوضيه واستقبال تقرر مما بامر مما ان العوضان

في مسألة ابن رشد في الملاح يكري الارض في الملة في ملك مكريها فيمتنع تعذر بعض الاجارة
لتعذر عوضهما في الحالين وكذا في الراحلة المعينة والعذر انما تعلق بعين العوض وهو انكشاف
الفناء عند ابن رشد واستمرار سلامة الراحلة وبما ذكر يظهر عدم ذلك العوض والعذر في
مسألة السلم ويتعلق بذات المبيع وهو تعذر المسلم فيه لعدم تعذره في ملك البائع
له فيسبر الفقه عليه ولا يلزم من الغاء العذر المتعلق بامر خارج عن ذات العوض الغاء العذر
المتعلق بذات العوض قاله ابن عرفة والثامنة قال اشهب اذا قبض المسلم بعض المسلم
فيه فعجز الباقي قبضه وقال فيمن غصب شيئا فلم يجد مثله فيغيره به في تأخيره فوجد مثله
وتغريمه قيمته مع ان الجاري على اصله في السلم ان يغرم له القيمة ولا يفرق بينهما تاخيرها للخروج
العوض عن يده في السلم باختياره فامكنت تهمته وفي الغصب بغير اختياره فيعذر
والثامنة قال مالك في سماع اشهب وابن نافع فيمن اسلم له في ضحايا بالياتي بها للاضحى
فلم ياتي بها الا بعد ضحى او في فكالذي للشتاء فياتي بها للصيف والفرق ليأتي بها في ابان
يغلوا فيه فيأتي بعد ذلك ان على المشتري قبول ذلك بخلاف المكري للحج يأتي للحج بعد
زمن لان منفعة الحج مضمونة بايام معينة ومنفعة الضحايا انما تنهى وقد فصل في غير
الضحايا وانما قالوا فيمن اسلم في نوع من الثمار له ان يصبر لقابل فان اخره البائع عن وقته
ان له الخيار في ان يفسخ ويأخذ ثمنه او يتمهل الى ابانه الثاني ولم يقولوا في المكتري
دخيرها الحج اذا وعده الجمال ثم اتلف ان المكتري بالخيار لان المكتري ان شاء ان يركب ركب
والا اكرى من غيره ولا كذلك في السلم فان عليه في الصبر الى قابل الضرر والثامنة
قيل عن ابي عمران وغيره اذا اسلم جزارا في اللحم فيفلس او فات انه يرجع عليه بقيمة
رأس المال واذا اسلم الى حائك في ثوب ثم فات انه يرجع في تركته لان الحائك لا منه
له في الثوب بخلاف الجزار فان قطع اللحم صنعة وهو قدرة فيها سبب لان اللحم لما كان
يفتقر الى صنعة وهو تقطيع اللحم كان ذلك بمنزلة السلعة المعينة اذا تعذر تسليمها
للمشتري وفيه حق توفية ان البيع ينفسخ ويرجع بالثمن وان فات البقف رجع بقيمة الثمن
وانما قالوا اذا مات المسلم اليه في ذوات الابان قبل الابان وقف على تركته عن قضاء
انه يضرب للمسلم بقيمة الشيء الذي اسلم فيه في وقته على ما يعرف منه في اغلب الاحوال

من غلاء او رخص ويوقف ما صار له في الحمالة حتى يأتي ابان فيشتريه له ما اسلم
فيه فان هلك ما وقف له في زمان الوقوف كان من المسلم اليه ولا يحكموا فيهما بما قال
ابن القاسم فيما وقف للغرماء من مال المفلس لان مسئلة المسلم لم يجعل الى اجل فيهما ليكون
الى ابان لم يات فلم يتمكن المشتري من قبضه بوجه ولو حل الاجل لجرى فيهما حكم ما وقف للغرماء
من مال المفلس والله اعلم قاله ابن عبد السلام وانما اجازوا للكفيل في قول شراء
اكثر من ابن القاسم من المجهول عنه لانه جنس وقالوا فيمن اسلم لرجلين يتضمنا حميل عن بعض
في يجوز ان يقيل احدهما فجعلوا الاقالة احدهما سلفا في احكام الحمالة من ربا الزيد وحميل
المفعال بلا فيه بخلاف شراء الكفيل فانما منشعبة فما حكم للكفيل بكونه كالغريم الا بمجموع
المركب من الحمالة وبقاء حكم كلمتها وسوى في الشيخ شيء وايضا الرابع انما اغرار
دفع من غيره من دفع اليه اولا وانما قال في الكتاب اذا اقالة فاحالك بالثمن فقبضته
قبل ان تفارق الذي احالك جاز ولو وكلت البائع من يدفع راس المال او ذهب او وكلت انت
من يقبضه ذهب فان قبضه وكيلك منه او قبضته انت من وكيله مكانهما قبل التفرق جاز
وان تاخر لم يجز وكلام يتفق على هذا في الحوالة والجواز اذا قبضت من الذي احالك عليه
قبل مفارقته وان فارقت الذي احالك لان ذمة المحيل برئت بالحوالة قبل القبض وثبتت الفرقة
وفي الوكالة لا تبرأ ذمة الموكل الا بالقبض ووكيله يقوم مقامه فلا فرقة قاله ابن
محرز وغيره تنبيها قال ابن محرز انما تكون فيه المناجزة الصرف في الاقالة من
الطعام والتولية فيه ثمن الاقالة من العروض وشبهه الدين في الدين ثم بيع الدين بالدين
وانما منع في المدونة اخذ حمولة عن سمراء بعد الاجل من الكفيل واجاز من الغريم لانه
اخذ منه من الغريم قبض الكفيل بيع اذ لا يرجع بالادنى وانما اجاز مالك لبنا معجلا
بشاة لبون الى اجل ومنع جواز صوف معجلة بشاة عليها جز صوف الى اجل لان الصوف
سلعة فيكون كصوف بصوف الى اجل وزيادة قاله عبد الحق

فروق كتاب البيوع

وانما صح في المدونة بيع المسلم من الكافر بعد الوقوع واجبر على بيعه ولم يصح بيع
الدينار بدرهم والمدبر بل فسخه بعد الوقوع ولم يقل يباع على مشتريه وان جامع اشتغال

المالك الى عدوه والتحليل لان الدين يتعزز بعدم غالبا بخلاف المسلم والحصن وانما
يلزم السكران كالاقرار وقتله ولا يلزمه بيعه لان البيع لو لزمه ادى الى ان يفعل به شيء
من المال لشرعه حرص الناس على اخذها منه وكثرة وقوعه فيسد ذلك الباب وحسمنا
للذريعة وكذلك كالاقرار وقتله وغيره ذلك مما يتعلق به الحق لغيره فانا لو لم
نعتبره لتساكر الناس ليبطلوا اقوال الناس وازواجهم وانما قال في المدونة اذا
ورث الغاصب ما غصبه بعد ان باعه له نقض البيع ولو اشتراه لم يكن له نقضه لان
الموروث جبري على بيع البائع ما ورثه فصار له ما كان له لقوله عليه الصلاة والسلام
من مات عن حق فلورثته والمشتري متسبب في امضاء فعله فليس له ان ينقضه وانما
قال احمد بن خالد الرد وقع في بيع المغصوب فانه ينقض ابدا ولو فات بخلاف بيع الآبق
فانه ينقض ما لم يفت لان بيع الآبق وقع باختيار ربه فتحققت حقيقة البيع فتحقق كل
اركانه والبائع في الغصب غير محقق اختياره لانه مكره فاختل ركن البيع فصار المبيع
كالمعدوم تنبيه قال ابن رشد رحمه الله في نوازله نص ابن حبيب في الواضحة على ان
هذا البيع بعينه فاسد بيع الفاسد من مذهب مالك وكل اصحابه وقول احمد بن
خالد خارج عنه والقول به على مذهب مالك خطأ ظاهر وانما منع ابن القاسم بيع
شاة واستثناء قدر ثلثها وزنا واجاز بيع الصبرة والثمرة واستثناء قدر ثلثهما كيلا
لان الصبرة مرئية فيخف الغرر ولا كذلك الشاة وانما منع شراء ثمر الحائط كيلا على
تركه لييبس تمرا وجوز شراءه جزافا على ذلك لان ضمان المكيل من بائعه فيما قل او كثر والجزاف
لا ضمان على البائع فيه ابدا الا ضمان الجائحة فكان الغرر في الجزاف يسيرا فلم يمنع صحة البيع
وكثر في المكيل فمنع ونعني بهذا المعنى جواز التغرير في عموم السنة لقلة الغرر وكذا منعه
في عمرة الثلاث لكثرته تنبيه قال ابن عرفة رحمه الله في هذا التفريق يكثر لما ان
الضمان متى قل في حق البائع كثر في حق المشتري وكذا العكس بل اوجب الكثرة الغرر لمنع
مطلقا لنزع فكلاهما ولاجل هذا ورد ابن بشير في هذه المسألة ما اعتقد المذهب على عكس
ما نقله ابن محرز فقال فاما ما يجوز ان يشتري بعد الزهو ويبقيه ثم ياخذه تمرا فان
اشترى مكيلة فيجوز ذلك وان اشترى جملة الحائط فلا يجوز والعذر كثرة الغرر

مع شراء الجملة لان الثمار من المشتري الا حكم الجوائح وقلة الغرر اذا اشتري وكيلة
لان الثمار من البائع وارادة اللخمي المساواة بينهما وليس كما قال وانما اعتبر فيه
المذهب منحة النور دون العلوس لان منحة العلوس يسيرة فلم تؤثر بخلاف منحة النور
وانما اجاز مالك للبائع ان يختار ثمر اربع نخلات او خمسا من حائطه بعد ان وقف فيها
ان يعين ليلته ومنع ذلك للمبتاع لان البائع يعلم قبل بيعه جيدها فيكون مرددا فيه فكان
مستثناه معلوما فلا يشغل ذمته انتهى قال في تهذيب الطالب واختار قول مالك غير واحد
من اهل النظر وكمعرفة بعض الغروس فيما عرفنا به فانه لو كان البائع يعلم ذلك قبل
بيعه لعين ما استثناه ولم يشترط اختياره هـ ولم يذكر عبد الحق والمازري جوابا عنه
واجاب ابن عرفة بان علم البائع المدعى تقدمه منوا لكثر الذي هو مكنته لاختيار ما قد يختار لا
يذكر فيه موجب اختياره لتقدم علمه المذكور فلا يشغل عنه لغيره الا الا اعتقاد الجازم
الموجب لتعيين المستثنى منه الكنة مشتبهة عن المبتاع وانما قال ابن حبيب ان بادر
المشتري البائع في بيع المساومة دون ايجاب لم يلزمه بعقد ذلك بخلاف بيع المزايدة فانه
يلزمه ما اعطى بعد الافتراق لان المشتري انما بادر فيه في المزايدة على انه استوجب التبييع
انتهى قال المازري رحمه الله لا وجه لهذه التفرقة الا الرجوع الى العوائد ولو شرط
المشتري انه يلزمه الشراء في الحال قبل المفارقة او اشترط البائع لزومه وانه بالخيار
في ان يعرضها على غيره امدا معلوما او في حكم المعلوم للزم الحكم بالشرط الا في بيع المساومة
والمزايدة اتفاقا وانما افترقا للعادة حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما قال والعمل مشترا
ببلدنا على لان بعض القضاة الزم اهل الاسواق في بيع المزايدة البيع بعد الافتراق
وكانت عادتهم ابن فيتراو على غير ايجاب اعتبر بكلام قول ابن حبيب وحكاية غيره له اشترازا
ببلدنا على هذا للاجل مقتضى عوائدهم ابن عرفة والعادة عندنا اللزوم ما لم يبعد
زمن المبايعة حسبما تقرر فورد ذلك عند غيرهم وابن فرواتهم ان بعد والسلعة ليست
في يد المبتاع فان كانت بيده موقوفة بعينه نكر ان الاقرب اللزوم كقوله ان بعد زمن
مضي الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع فهي فيها للمبتاع ابن عرفة
بيع المزايدة انه لا يتم البيع ولو طال مكثها بيد المبتاع ابن بشير انقضاؤه وانما

فقال في الكتاب اذا بعته كعكا فقال بثمن الى اجل فلا باس ان تاخذ منه بالثمن كعكا
مثله في صفته وكيله ان محمولة فمحمولة وان سمراء فسمراء وقاله وان افترقا محمولة
جاز قدرا اخذك مثل كيلهما سمراء بعد ان حل اجله ولا خير فيه قبله لان بيع الطعام
بالطعام الى اجل ممنوع ومن لازم اخذه في القرض قبل حلول اجله وبعد الاجل جاز برضاهما
لازم اخذه في بيع الطعام وانما هو البيع بالصفة شرط السلف على المشهور
ولم يجز بالصفة الشرط النقد في الخيار على المشهور لان الفساد في شرط النقد واقع
في المواضعة لانه غرر في الثمن الا ترى ان المقبوض لا يدرى ثمن هو ام سلف ومثله
شرط السلف الفساد فيهما موهوم وخارج عن الماهية وانما منع ان يبيع حاضر
لباد ولا يمنع ان يشتري له لان المشتري عند الشراء حصل له الثمن وعليه الضرر ان ترك
الشراء له فيحصل فيما دفع فيه الاعواض ومن الثمن بخلاف ما باعوه مما قدموا به
لانهم على الغالب يرخصون به بغير ثمن يدفعونه فيه او بثمن يسير وانما قال ابن
القاسم في الهبة للثواب اذا فات عند الموهوب قبل ان يثيب عليها ثم رجعت اليه
ان القيمة قد لزمته ويجبر على ذلك وفي البيع الفاسد لان الموهوب له له ان يلتزم الهبة
بقيمتها وان لم تفت فلما فسخ بردها بالبيع كان ذلك اختيارا منه للقيمة وفي البيع
الفاسد ليس كذلك اذ هما مغلوبان على فسخه فاذا رجعت اليه فسخ بيعه ما لم يكونا قد
تراجعا للقيمة او بانت بشيء من وجوه الفوت وانما جعل مالك وابن القاسم نقل
العروض من بلد الى بلد في البيع الفاسد فوتا ولم يجعل نقل الرقيق من بلد الى بلد فوتا اذا لم
تتغير في مثواه لان الرقيق لا كلفة في نقله من بلد الى بلد لانه يمشي بخلاف العروض فانه
يتكلف الكراء عليها وانما جاز البيع على رمكة غائبة غيبة بعيدة ولا يجوز على حميل
غائب غيبة بعيدة لان الرمكة لا يمنع من بيعها وجود تكون السلعة موقوفة فان وجد
الرمكة تم البيع وان لم يوجد كان بائعها بالخيار ان شاء امضى البيع بلا رمكة وان شاء
ان يفسخا بخلاف غيبة الحميل لانه ذكر انه اشترط حضور غائب بعيد الغيبة وانما جاز البيع
على حميل بعينه ان كان حاضرا او قريب الغيبة ولا يجوز النكاح عليه ابدا اذا كان حاضرا
لان النكاح لا يجوز على انه لم يرض الحميل فلا نكاح بينهما اذ لا خيار في نكاح وانما قال محمد

ابن المواز فيمن ابتاع عبدا واستثنى ماله وله جارية ومنها المبتاع ان وقفهما فيسمى
للعبد ولو كانت حاملا منه فهي تبع له وولدها للبائع اذ ليس بمال ولا يفسخ البيع
ويوقف فيهما ولو استثنى ماله وفيه ثمرة اجوز جواز ذلك لان زاهية بدا لكان امر عزوده
فلا يفسد شيء من الثمرة والجارية وجنينها فلها حصة من الثمن فلا يجوز بيع امة استثنى البائع
حملها مع انعقاده على تبعية الولد فيها قال له عبد الحق رحمه الله قال ابن عرفة رحمه
الله تبعية بان الجارية لها حصة من الثمن يسلك قول المدونة في شراء الغائب وفي
الجملة بان وتبعية بان الجارية تعرفة قبل الدم وولدها مراد به يجاب عن مقارنة
محرم في تفريقه مع اجازة ابن القاسم في امهات ابنه ولاد شراء الولد وحضانة الحامل
منه من سيدها واستثناء الولد فيها للحرية والتعرفة بالحرية جائزة حسبما في التجارة
في ارض الحرب منها ولم يذكر المازري في كون مال العبد لا حصة له من الثمن خلافا وقد
ذكره اللخمي قال لان ابن القاسم في كتاب العوائد انه يزاد في الثمن لاجله وانما جعلوه
خلفة القصيل والثمرة المأبورة وقال العتبي لا يدخل في عقد الشراء الا بالشرط والنخل لا
يدخل في ثمنها ما الثمرة ولا يدخل ثمن لعبد العبد المال ولا ثمن القصيل لخلفة قاله
عبد الحق وانما اتفقوا على جواز شراء القصيل على ويجعل على اخذه الحال لانه في
التبقية واختلفوا في شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع الابان فيما بالجواز والمنع لان العادة
لم تجر في القصيل على التبقية بخلاف الثمرة قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وانما قال
ابن القاسم حوالة الاسواق تفيت غير الربع والعقار في البيع الفاسد ولا يفيت الربع والعقار
لان الرباع انما يبتغى منها القنية ولا يطلب النماء فيها بزيادة الاسواق ونقصها فلا
تؤثر فيها وما عدا ذلك من العروض انما يبتغى للتجارة ويطلب النماء فيها فيعتبر زيادة
الاسواق ونقصها فيها وانما قال في الكتاب لم يجز لرب الدين ان يستعمل من عليه الدين
بما له عليه من الدين قبل ان يحل اذا كان العمل يسيرا او كثيرا لانه ان حل الاجل يوقعه
بفسخ الدين في الدين وقبل ان يحل لانه هو الدين بالدين واوسع من فسخ الدين في الدين قاله
ابن يونس وانما اجاز في المدونة لمن باع امة ولها ولد حر ان يشترط عليهم
نفقته ونفقته سنة او كلام ان مات الصبي ان معوا له اخر وقال في النكت

يجوز ان يشترط عليهما ان فات الولد ان يؤتى بغيره لان مسئلة ابن القاسم من الغرر وفيهما
فلا نع لافساد ان انضاف الى اجل جائز وهو بيع الام والغرر في مسئلة الكتاب انفرد
فلذلك لم يجز كقول مالك في بيع لبن شاة جزافا شهرا انه لا يجوز واجاز كراء
ناقة شهرا واستثناء حلابها فالغرر اذا انفرد بخلاف اذا انضاف الى اصل يكون تبعا
له وابن صالح هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها
لانه غرر وقال من باع نخلا وفيها ثمر قد ابر فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع
فاجاز اشتراطه لما انضاف الى الاصل ومنع من بيعه اذا انفرد واجمعت الامة على بيع
الجبة المحشوة وان لم ير حشوها ولا يجوز بيع حشوها مفردا وهو محشو فيها تنبيه
قال ابن يونس كان سحنون يعيب مسئلة ابن القاسم هذه وقال لا يجوز هذا البيع الا
على وجه الضرر مثل ان يبيعها عليه السلطان في دين او كراه او تباع على غير الضرورة
لان المبتاع لما احتاج يخير بها يتكلف للصبي المؤونة ولا يدري قدر ما يلزمه بذلك غرر
وقال ابو اسحاق وما قاله ابن القاسم صواب وانما اراد ان الرضاع مضمون على المشتري
وليس في عين الامة المبيعة لان كون الرضاع في عين الامة المبيعة يؤدي الى فساد
البيع لان المشتري يصير غير قادر على التصرف فيها وتصير محبوسة عليه الى فراغ الرضاع
وهذا لا يجوز وانما قال في الكتاب يشترط الاكرية صاحب الراحلة بالزرع وكراء
فهي يوم اخذ مقدارها من المكتري وفي البيع لا يشترط صاحب السلعة لان تسليم العوض للمكتري
لا يكن بنفسه وجه الثمن لانه انما يقتضي شيئا بعد شيء بخلاف السلعة المعينة والدين
اللحم تنبيها تعقبا لما ذكروا اللحم هذا لانه لو كانت شرطية المكتري لكان المكتري
لوجب على الزرع لما امكن قبضه العوض في عكس هذا وقيل لا يلزم المكتري بان يسلم ويتابع
في ابتداء اول النهار لانه لا خلاف في غير القبض الا في اخر النهار واذا ابطل تعليل شرطية المكتري بان كان
تعين كونه لاجل انه بائع فيعتبر كونه كذلك في كل بائع ويؤكد ان على بائع السلعة
لاجل تسليمها وان كان لا يقبض عوضها لاجل ما رضي به من التاجيل فكذلك المكتري
لعله انما ابتاعه من البائع لا يمكن قبضها دفعة واحدة وانما قال ابن القاسم
اذا رجع المبيع بنقص فاسدا الى مشتريه بغير بيعه اياه بنقص صحيحا بشراء او ارث

أو رد بعيب أو هبة بما يرتفع الفوات وإذا باع الموهوب له هبة الثواب ثم اشتراها
لم يبع على الزيادة من قيمتها لأن زيادة الهبة اختيار فبيعها قبل التراخي بثمنها وزيادة العاشر
حيفهم وتهم على بيعه أنه يحمل على ربح البعض قاله القروي تنبيه قال عياض
في هذا العرف تكلم وقال ابن عرفة النقل في الرجوع والأخذ وفي جبره نظر وإنما قال في
الكتاب إذا تغير سوق السلعة ثم عادت لم ترد وإذا عادت إليه بعد بيعها ببيع أو
غيره ردت لا رايت حال سوقها ثم رجع إنما رجعت سوق أخرى كالآخر في البيع عادت
لغير الملك الأول قاله الفاسي ورده ابن محرز وقال القراب الجمع بينهما وأيضا
حوالة الأسواق لتغير في غير السلعة لأن المقصود ثمن السلعة وأما خروج السلعة
عن يد المشتري فليس بتغير في السلعة ولا شبهة فيه وإنما هو مانع من ربحها على ثمنها
البائع الأول فإذا زال ذلك المانع بعوده مما أخرجه فيبيعها وجب أن يتوجه
الحكم بالبيع في ثمنها لقيام سببه وهو فساد البيع وزوال المانع قاله ابن عمران
واستغربه ابن عبد السلام ورده بعض كبار المشايخ مثل الأول وأيضا حوالة
الأسواق ليست من فعل المشتري والبيع من فعله فيتهم أن يكون قصد إلى التغرية قاله
عبد الحق ولمشتريها القوي في تفريق المسألة فيما إذا عادت إليه بميراث ولا تهمة في الميراث
وإنما قال في الكتاب إذا اشترى سلعة فأشرك فيها رجلا بنصفها ثم إن البائع
حط عن المشتري أنه يحط عن شريكه نصف ما حط عنه على ما أحب أو كره وإذا ولي سلعة
اشتراها ثم حط عنه بائعها من ثمنها فإنه بالخيار إن وضع عن المولى الذي وضع لزم البيع
للمولى وإن أبى فسخ بمنزلة بيع المرابحة لأن الشريك لما صار بشركته مماثلا للمبتاع في
ابتياعه والبيع مرابحة مساوات له فيما يعرض للمبيع للعروض من تلف ونماء ووضيعة
ربح لزم مماثلته في استحقاقه فيه الوضيعة الكائنة لاستصلاح البيع ولما لم يكن المولى
للمولي كذلك لم يلزم فيه ذلك وصار كمبتاع ذلك البيع مرابحة فوجب مثله قاله
ابن عرفة رحمه الله تنبيه قال ابن محرز يحتمل أنه أراد الشركة الجميع فيه فيصير
كالشفعة في وجوب كحط ما وقع عن المشتري عن الشفيع وإن لم يكن كذلك فلا أعلم
بين الشركة والتولية وإنما أوجبوا الخيار في المراجعة كالتولية وأوجبوا الوضيعة

في الشركة لأن المرابحة مكايسة والشركة معروف قاله ابن القاسم في الكتاب وأوضحه
ابن رشد وإنما قالوا إذا اشترى الثمرة على الجد ثم اشترى الأصل فله أن يفرد
الثمرة في الأصل ولو اشتراهما معا على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقيها دون
عقد الثمرة بالفساد في الثانية لأنه دين تنبيه ولو اشترى وورث الأصل بعد ذلك
جازت التبقية قاله وذلك لأن الثمرة إذا فسخ بيعها رجعت إليه بالإرث وإنما
لم يجز له أن يفرد الزرع حتى يبدو صلاحه إذا اشتراه على الجد ثم اشترى الأرض ويجوز له
ذلك في الثمرة إذا اشتراها على الجد ثم اشترى الأصل لأن الأول لم يملك الأرض
والثاني قد ملك الأصول ولو ملك الأول الأرض لكان كالثاني وإنما جعل ابن
القاسم قطع الثوب المغلوط في ثمنه في المرابحة فوتا وقال فيمن اشترى ثوبا فغلط
البائع فأعطاه غيره فقطعه المشتري أن له رده ولا شيء عليه في قطعه فلم يجعل
القطع فوتا لأن ثوب الكذب في المرابحة لو هلك بعد القطع ببينة لكان هلاكه من
بائعه ولو هلك ثوب الغلط ببينة كان ضمانه من   قاله ابن الكاتب وأيضا
القطع في بيع المرابحة وقع في بعض ما وقع العقد عليه واشتغل الملك فيه للمشتري
بالتعاقد فهو كبيع فاسد فتبعيضه حوالة الأسواق والقطع أحرى أن يفيته والذي
قطع ثوب الغلط إنما قطع ثوب غيره ولم يجر فيه مبايعة والبائع مسلط للمبتاع
على قطعه فلم يكن عليه شيء وكان له أن يأخذه من بائعه قاله ابن يونس وإنما قال
مالك لا يجوز بيع الآبق والجمل الشارد ويجوز بيع ملك الغير ويوقف على إجازة ربه
وفي كلا الموضعين الغرر لأن الآبق والشارد غير مقطوع بوجودهما حال العقد ولا
مقدور على تسليمهما فلم يجز بيعهما وليس كذلك بيع ملك الغير لأنه موجود حال العقد
ووقوف البيع على إجازة ربه لا يمنع جوازه لأنه كالخيار الذي لا يمنع صحة البيع
تنبيه ضعف بعض الشيوخ هذا الفرق وقال قوله في ملك الغير إنه موجود إن
أراد أنه موجود في نفسه فكذلك الآبق موجود في نفسه وليس بهذا الوجود
اعتبار وإنما الاعتبار بوجوده في يد البائع وذلك مفقود في الوجهين
فلا فرق وقال بعض الفقهاء الأجود أن يقال إن بيع الآبق والجمل الشارد إنما لم يجز

على

على ملك ربه لانه في حكم التلف وما مر سبيله لا يصح بيعه وليس كذلك بيع الغير
لأن متاع المغصوب غير موجود فيه وانما قال مالك اذا بيع ملك الغير ووقف البيع
على اجازة ربه جاز فان رده فلا تشغل المبيع الى البائع كان له من الرد والا فضاء قد
كان تم لكه وان ابتاع العبد شيئا مما يملكه وقف البيع على اجازة سيده فان اعتقه
قبل علمه بذلك لزمه البيع ولم يكن له خيار وفي كلا الموضعين البيع موقوف على
اذن جائز لان العبد انما منع من امضاء البيع لحق السيد فاذا اعتق زال حقه من المنع
بزواله وليس كذلك بيع ملك الغير لانه موقوف على اذنه فاذا فات اشتغل الاذن
الى مشتري المبيع فيثبت له من ذلك ما كان ثابتا لمالكه وكان له ان يجيز او يرد لانه
غير ملك له او لا تخلل العبد فافترقا وانما قال مالك فيمن باع دابة واستثنى
ركوبها ان كان يسيرا مثل اليوم واليومين جاز وان كان كثيرا لم يجز ولو شرط المشتري
ركوبه جاز قليلا كان او كثيرا وفي كلا الموضعين من ركوب منهم الى البيع لان البائع
اذا استثنى الركوب الكثير دخل البيع الغرر لان المشتري لا تسلم اليه الدابة الا بعد
ان تنقضي مدة الركوب فيدخلها التغيير ومن فات فيه على ملكه وليس كذلك اذا اشترط
الركوب لان المشتري يسلم الدابة انما يجعل ذلك اجارة ونفعا وان جازت والبيع
يجوز اجتماعهما في تمام عقد بغير مشتت فيتبين وانما قال مالك يجوز بيع الشاة.
واستثناء اكارعها في السفر ولا يجوز ذلك في الحضر وفي كلا الموضعين فقد وجد
الاستثناء للاكارع لان السفر لا قيمة للاكارع فيه فيحمل كالذي لا حكم له وفي الحضر
لها قيمة وبان يدخل ذلك الجهالة وانما قال مالك يجوز تراب المعدن ولا يجوز
بيع تراب الصاغة وفي كلا الموضعين المشتري مريد لا ثمن في تراب المعادن من
الذهب معروف عند اهل النظر وتراب الصياغة لا يعلم ما فيه وايضا تراب المعدن
لا يدخله غش لانه مخلوق على خلقته الله سبحانه وتعالى وتراب الصياغة يدخله الغش
لانه مصنوع مخلوط وفيه نكث وانما قال مالك يجوز بيع تراب المعدن ولا يجوز بيع
الغربلة وموضع ما يخرج من المعدن في اليوم وفي كلا الموضعين جمع تراب معدن في
الغربلة مجهولة غير معروفة لانه لا يعلم ما يخرج في ذلك اليوم وليس الامر كذلك

بيع

في التراب لانه مغلوب بثمن مجهول وانما يلزم البيع من باع حجرا بكذا يظنه ياقوتة
فاذا هو يظنه ياقوت وكما يلزمه اذا قصد الى اخراج ثوب بدينار فاخرج ثوبا
بان يعتقد انه ثانيهما لان ابن زرب جعله وهم ولم يسأل من يعلم ما هو والثاني غلط
والغلط به يكر الثاني فيه فيختلع ويأخذ ثوبه او اتى بدليل عرفه ابن رشد او
اشهاد قوم على ما كان اليه في بعض اسمه ويشهد ذلك قاله ابن رشد وانما لم
يشغل الضمان الى المشتري في المكيلات والموزونات الا بالكيل والوزن ويشغل المبيع
بينهما بالعقد الصحيح لان المبيع اذا كان مكيلا او موزونا لا يتميز عن ملك البائع
الا بالكيل او الوزن ولا يعلم مبلغ ما باع بخلاف العبد والثوب مثلا فانما يتميزان
بذاتيهما واخرا حكما وانما قال مالك في مختصر ابن شعبان فيمن اشترى سلعة
والمشتري من البلد مليا معروفا ان الضمان منه اذا بقيت السلعة بيد البائع حتى
ملكت وان كان غريبا فقيرا فالضمان من البائع لان المشتري اذا كان مليا معروفا
فابقاء السلعة بيد البائع انما كان باختياره فصار كمودع عند بايعها واذا
كان فقيرا لم تمنع منه حتى يدفع الثمن فان المنع فيها من قبل البائع فكان ضمانها
منه تنبيه هذا الذي نقلناه هنا عن مالك في مختصر ابن شعبان ذكره نقله المازري
في كتاب التدليس من شرح التلقين وعكس اللخمي النقل والتوجيه فانظره وانما لم
يلزمها في المراة تطالع زوجها بخمر او خنزير او جنب في بعض ايامه فلا تنقض المعاوضة
ويرجع عنه الى الرضا وفي بيع مع ان الزوج ايضا يعلم ويحتج بانه انما ترك سبيل زوجته
وباع منها منافع بضعها بما بدلته له لان الخلاف اذا وقع وبانت الزوجة لم يحل
التراجع على التراجع واشتباه الوطء من غير شروطه الشرعية بخلاف المبايعات
فانما حقوق مالية ابطال احد العوضين فيها ابطال للاخر والخلع ليس من الحقوق
المالية المحضة ولهذا اجيز واخذ عوضه بغرر وبكل ما لا يجوز في عقود المعاوضات
والحاصل ان لم يقع ابن عرفة في الخلع بخلاف لم يقع ابن عرفة في البيع وايضا
حرمة الفروج تؤكد الاحتياط من حرمة الاموال وانما قال مالك اذا قدمه
كعكسه ما عينه من الاجل فاتاه به قبل الاجل جاز يلزمه اخذه ولا يلزمه في السلم اخذه قبل حلول

الاجل

ابن جلون وفي كلا الموضعين فالذمة فيهما كانت مشغولة به بدليل ان الاجل في القرض حق للمستقرض ف
دون المقرض فاذا اقرع ذلك قبل حلول ابن جلون فقد رضي باشغال ذمته فيلزم رب المال اخذه
لانه لا حق له في الاجل والاجل في السلم حق للجميع المسلم والمسلم اليه فاذا اختار
احدهما اشغال ذمته لم يلزم الاخر اشغال ذمته تنبيه فان قيل من اين كان الاجل
في   هو للمقرض دون المقرض وفي السلم هو للجميع قيل لان المنفعة للمقترض دون المقرض
ابن ترو انه متى حصلت فيه المنفعة للمقترض تم بحق فلهذا كان الاجل حقا له والمنفعة
في السلم للجميع لانه انما يسلم اليه لما يرجوه من نفعه وتلك السلعة بعد تغيير ابن شوان
وينتفع المسلم اليه بتقديم المسلم الثمن وكل واحد منهما له منفعة وايضا فانما قدم
الثمن ليستخص تلك السلعة اذا اتته عند محل ابن جلون فاذا قدمنا قبله بكل منزلة
القرض وانما قالوا فيما اقرض كعادة او عرضا او حيوانا ولقي المستقرض في بلد
القرض يجوز اتفاقهما على القضاء بعد حلول الاجل كما يجوز وان كان القرض نقودا جاز قبل
حلول ابن جلون وبعده اذا كان مثل ما اعطاه من غير زيادة ولا نقصان بل يجبر رب المال
على ذلك ما لم يكن هناك خوف كما   فلا يجب عليه في الضرورة لان النقود
وان اختلفت البلدان فسعرها واحد على غالب احوالها وان نقصت يسيرا قال الشارح
لم يكن له والعروض والحيوان والطعام يختلف سعرها باختلاف البلدان فمنع من
اخذه قبل حلول ابن جلون في غير المكان الذي اخذه فيه لما يتوقع ويتوقع من ضرر وتعجل وحط
عنه الضمان وازيدك ان كانت من بيع وقرضا فيستفيد لك معنى قولهم لا ضمان في العبش
والله اعلم تنبيه ذهب ابو اسحاق والتونسي الى ان له تعجيل العروض ولو كانت
من بيع اذا كانت على الصفة عند قرب حلولها بعد زوال الاسواق ولا تكون غالبا
اذ ابتغى للحلول التوقع والتوقفان والثلاثة يدل على ذلك عدم جواز السلم الى مثل ذلك
الاجل في البلد الواحد على المشهور وانما قال مالك اذا اقرض له شيئا فرد اليه افضل
منه جاز وان رد اليه ازيد منه لم يجز وفي كلا الموضعين فقد وجد التفاضل لان الزيادة
في المثل تخرج عن حد المماثلة وليس كذلك نقص الصفة لان المماثلة حاصلة معه والدليل
لهذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا فرد جملا رباعيا افضل مما اخذ

للذي ذلك معروف من الصلاة وان قضاها ان كان
بل علم الكل من الكل

وأيضا فإن التهمة تقوى في الزيادة في الثمن ولا تقوى في الصفقة والله أعلم وإنما
قالوا إذا اشترى طعاما ثم شارك فيه ثم تلف قبل القبض كان منهما إذا اشتراه الأول
جزافا فإذا اشتراه كيلا ثم ولاه غيره فهلك فالضمان من المولي حتى يخرج له من الجميع والشركة
بينهما فاشتركا وإنما جوزوا الإقالة بلفظ التولية ولم يجوزوا الإقالة والتولية
بلفظ البيع لأن التولية والإقالة من الألفاظ الدالة على المعروف والبيع ليس كذلك
فناب الأعلى عن الأدنى في الإقالة والتولية ولا ينوب لفظ البيع عن لفظ الإقالة
لا خفاء أحكامها وإنما لا يوضع إلا قدر الثلث من جائحة السماء ويوضع من العطش
القليل والكثير كان ما جاء من جهة البرد و والجيش إذا أمر دخل عليه المشتري أن يسقط
منه القليل ويأكل منه الطائر أو لا يكاد ينفك عن ذلك ونقصان الشرب لم يدخل عليه
وإنما دخل على اشترائه بالسقي فإذا انقص أسقط عنه إذ للبائع في ذلك كسب بخلاف
آفات السماء لأنه لا كسب له في ذلك فلذلك وضع الثلث ولم يوضع ما دون ذلك
والله أعلم وإنما توضع جائحة البقل وإن قلت ولا يوضع من جوائح الثمار إلا ما
كان قدر الثلث لأن غالب جائحة البقل إنما تكون من العطش واستجرى ابن عبد
السلام وأيضا البقل لا يتوصل إلى قدر ثلثه لأنه يخرج أولا فأولا فلا يكاد يضبط
قدر ما يذهب منه أعني الثلث فوجب أن يوضع قليل ذلك وكثيره قاله ابن يونس
وإنما قالوا في الثمرة المستثناة إذا اشتريت مع الأصل كانت تبعا له أو غير تبع أنه
لا جائحة فيها وفي مكتري الدار يشترط ثمرة فيها إنما إن كانت غير تبع للكراء وكانت
حين العقد لم تزه ففيها الجائحة لا إن زهت لأن ضمن الصفقة فتكون من الأصول فتنزل منزلته
عنها فكانت في حكم البيع لما هي فيه والثمر المضاف إلى كراء الدار لم يضف إلى ما هو فتكون
منه وتتنزل عنه فلم يكن في حيز البيع إلا أن يكون يسيرا وإنما أنزل المشتري فيما بقي
بقدر الجائحة وإن قل ولا يلزم الباقي إن أقل الخطاء لأن المشتري دخل على أن الجائحة
قد تكون على البيع بحيث تبعيض الصفقة التي نشأت عن الجائحة قد دخل عليه والعيب
التبعيض الذي نشأ عن الاستحقاق قد دخل عليه فلذلك اللازم منهما دون الثاني
وإنما قالوا إذا وقع البيع على الصفة ثم تنازع البائع والمبتاع عند حضور

المبيع في صفته الذي سلم وقد اختلف ووقع عليهما التحالف والفسخ لان القول قول المشتري في
وإذا اتفقا على رؤية تقدمت وتنازعا في بقائه على صفته ان القول قول البائع
لان البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع وإذا طال بقاؤه بما يغير عن
ابن شعبان بقوله فعرض ومنوا المشتري بخلاف المبيع على الصفة فان الاصل عدمها ومنه
قولهم القول قول المشتري وانما القصد فيما وقع على الصفة من غيبة الخيار اذا كانت
غيبته قريبة ولا يجوز في الخيار وان قربت لان ذلك مثل في العروض الغرر ومنه في
الخيار وانما منع بيع اللحم المطبوخ بمثله وجوز بيع المشوي بالمشوي والقديد
بالقديد لان المطبوخ يكثر فيه الاختلاف عادة ولان اختلافه لا يساوى اختلاف
بخلاف المشوي فانه لا يختلف في الغالب وفيه نظر وانما قالوا اذا اجتمع في
صفقة واحدة البيع والسلف واسقط مشترط السلف شرطه صح البيع وإذا
باع سلعة وخمرا فان البيع لا يصح ولو اسقط الخمر لان مشترط فيما في العقد وتركه
وانما السلف لو فاته ايعطى على انه لو شئت تركته فان تركه جاز البيع
قاله القاضي فانما يطلبوا ايضا مشترط السلف لو تركه لم يجبر على اخذه بخلاف
مشترط الخمر لانه مشترط له ومراعيه شيئا اجبر على قبضه قاله ابن زرقون وايضا
البيع والسلف الخلل لو انتفى كل واحد منهما لجاز وان الخمر لو انتفى وحده لم يحل
فان الفساد في مسألة الخمر فساد راجع الى ماهية البيع لفساد المعقود عليه
بخلاف البيع والسلف فان الفساد خارج عن الماهية قاله بعضهم وانما قالوا
ان الكذب في بيع المرابحة يثبت للمبتاع في قيام السلعة التخيير بين ان يتماسك بجميع الثمن او يرد
الا ان يشاء البائع ان يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه البيع وإذا غش
فيه فان المبتاع في قيام السلعة بالخيار بين امساك بجميع الثمن او رده وليس للبائع
ان الالزام وان حط عنه لان ما ينوب الغش لا يتبين بخلاف الكذب قاله الشيخ ابو
الحسن اللخمي وانما منع بعضهم ان يشتري من الغنم كل شاة بدرهم ومن الثياب كل ثوب
بدرهم الا اذا علم عددها وجوزوا ان يشتري الصبرة كل قفيز بدرهم لان الطعام وغيره
من المكيل والموزون يباع جزافا فجاز بيعه على هذا الوجه اذا كان جزافا لم يعرف عد

الجنان ولا كذلك الثياب والشياه لانهما لا يجوز بيعهما جزافا وهما الحيوان ولا يجمعهما
تسمية في الكيل والعدد على الجزاف اذا لم يعرف عدد منها وانما منع ابن المواز بيع الرقيق
والغنم كل راس بدرهم وكل ثوب بدرهم واجاز ان يشتري كل ذراع بدرهم لان الثياب يجوز
١٤٠ ان تباع جزافا بغير تقليب فاشبهت الصبرة والغنم والرقيق لا يجوز بيعه جزافا بغير
عدد فلم يجز بيعه كذلك لانه لا يخرج بتسميته من كل راس فاترفع عن الجزاف
فيما قاله ابن محرز وانما اجاز ابن القاسم ان يكرى الدابة على ان لا تقبض الى
شهرين اذا لم ينقده ومنع بيع السلعة على ان لا تقبض الى اجل بعيد وان لم ينقد لان
ثمن المنافع من الدابة بعينها فلم يوخذ لها بعينها لذلك ثمنا ولا كذلك الرقاب بل لها ثمنا
من قيمتها فلما اشتركهما تاخير القبض صار كانه اخذ ثمنا وانما اجاز في المدونة
بيع الثوب بالثوب الى اجل وجعله قرضا ولم يجز بيع الدرهم بالدرهم وبيع الطعام
بالطعام الى اجل وجعله فيها لان الدرهم بالدرهم والطعام بالطعام الى اجل فيه
النهي من الشارع على المنع من التاخير بخلاف ثوب بثوب وايضا المحرم في الربا نفس
التاخير فلذلك لم يجعله قرضا كما في الثياب لان المحرم فيها سلف بزيادة او ضمان
بجعل في ابن علي والاذنى والله اعلم تنبيه من هنا تعلم ان فرار الربا بن يزيد من
بيعه وانما الخلاف في غيره وفي المدونة ان اسلمت جزعا في مثله صفة وجنسا جعل
فرضا ان ابتغيت نفع الذي قبضته وان ابتغيت نفع نفسك رد السلف اللخمي اختلف
اذا قصد في القرض في الثوب بعينه بمثله فقال مالك وابن القاسم وغيرهما ما اذا له فاسد
واجازه في مختصر الوقار وعلى الاول يمضي بقيمته وبفوته كبيع فاسد ومن هنا تعلم ان ما
افتى به بعض فقهاء تلمسان من اصحابنا سنة ثلاث وسبعين وثمانمائة من جواز بيع
ركل من حناء بمثله الى اجل باطل وخطا والله اعلم

فروق كتاب الخيار

وانما قال ابن القاسم اذا ولدت الامة في ايام الخيار ولم يمض بيعها يكون للمبتاع
خلافا لابن شعبان فيبقى للبائع اذا ولدت بغير علمه بيعها وقبل اشهاد فيها وللبائع يبيس
كبيرا بيعها فيبقى لليسير خلافا لابن شعبان لان مذهب ابن القاسم كما كان من احد ذلك في البيع عن

من يوم نزل بخلاف الجناية وانما تعاكس قول اشهب فيما بين الآفة المتبعة
بالخيار في ضمان البائع والجناية في ضمان المجني عليه بالرشد تنبيه توفيق كلام
قول ابن القاسم واشهب بعدم رجم ابن القاسم امرأة تزوجها عبد بغير اذن مالكه اجازة
او زنت ورجمها اشهب والفرق لابن القاسم درء الحد بالشبهة ولاشهب بانه اجاز لا
يرفع ما انعقد العقد كالتفصيل جزء منه وولاية حكمية وانما قال ابن القاسم اذا اغمي
على من له الخيار ينظر فان كان فسخه السلطان واذا غاب رب العرصة المقلع فيما بناه
الغير فيها للسلطان ان ياخذ للغائب النقض بقيمته مقلوعا لان الغيبة مظنة الطول
والاغماء مظنة قرب الزوال قاله ابن يونس وايضا البناء وجب للغائب فتركه
تضييع له وحفظ مال الغائب واجب وانما قال ابن القاسم في المجنون فينظر
السلطان وفي الاغماء يوقف فان طال فسخ لان امر المجنون يطول فيحتاج الى ناظر
ينظر له في اموره ومنها البيع فيما يغدو من بينهم واما الاغماء فالغالب من امره
عدم التمادي فان تمادى تماديا يضر بالبائع فالغالب يقوم لاجل ازالة الضرر
خاصة وازالته عن هذا فان يجاد هذا البيع وانما قال ابن القاسم اذا باع السلطان
عبد المفلس كان استغرقه فوجد مشتريه به عيبا فرجع علمه المفلس وكتبه اركان
الاول فليأخذ عرض ثمنه من ماله ولم يتبع الغرماء بشيء وكان العبد من اذا البيع الاول
لم يتم حتى رده بالعيب وقال اشهب للمواضعة يجعل ابن القاسم الرد بالعيب في
مسئلة العبد حلا للبيع وفي مسئلة الرد فيه ابتداء بيع وعكس اشهب فيهما ويلزم لابن
القاسم ان يقول سلكت مسلك الاحتياط في البابين ولاشهب ان يقول ذلك فيما
باعه لنفسه بخلاف بيع السلطان فانه كحكم فلا ينقض قاله ابن عرفة وانما
لم يلزم وقف الثمن في الخيار اذا طلبه البائع ويلزم في المواضعة والغائب اذا
طلبه لان بيع الخيار منحل وبيع المواضعة والغائب غير منحل لانه اذا خرجت
الامة من المواضعة فلا خيار لاحد من المتبايعين على صاحبه وكذلك الغائب
اذا وجد المبيع على صفة بل هو احرى من المواضعة لانه يدخل شرط النقد في بعض
انواعه والخيار من المشتري يدخل شرطه الضمان فيه وانما قالوا اذا اغمي على من له

الخيار المبيع في السلف ان الصوف يتبعهما بخلاف سمنهما وزبدهما وسائر غلة تحدث لأن
الصوف من موجود يوم العقد والغلة التابعة للثمار انما هي الحادثة في مدة الخيار
لا ما كان ثابتا على ذلك ومن هذا الوجه الولد تابع لأمه في هذه المسئلة
عند ابن القاسم وان كان من مذهبه ان بيع الخيار منحل وانما هو عقد لأن الولد يوم العقد
للبيع كان موجودا جزءا من الأم فيتبعها ولذا البيع معهما ومثله ما هو في هذا المعنى من
الصوف اذ لو اراد البائع استثناء ذلك الولد لما ساغ له ذلك على اصل المذهب
ولو استثنى الصوف لجاز وانظر هل يجوز اشتراط ركوب الدابة في الخيار وهل يجوز
اشتراط سكنى الدار ولبس الثوب فيه لأن اختبار الثوب والدار انما هو فيما
اليهما والمشترى فيهما وانظر وقال ابن رشد في ركوب الدواب في امد الخيار كالرقيق
بعقد ويغيب بينهم العبد والأمة من الاستخدام والعمل ما لا يدوم عليه بخلاف الدواب فان
هذا غير موجود فيها فكان ذلك فرقا بينهما انظر وانظر قال ابن القاسم بجواز الكتابة
على الخيار شهرا ولم يقل بجواز البيع على الخيار شهرا لأن العلة في البيع مخالفة
الزيادة للثمار قاله في كتاب الخيار وقد يزيد الاشتراط في ثمنها التكرر في ثمانية الى
بعيد الأجل ولا كذلك الكتابة فان العبد فيها في ثمار مالكه على كل حال قاله
عياض وانظر قال ابن القاسم ما وهب للأمة في ايام الخيار او تصدق به عليهما
يكون للبائع واذا ولدت يكون الولد للمبتاع لأن ضمان العبد في البيع للبائع فجعل ما
كان له في ايام الخيار من الغلة لمن له الضمان والولد لم يكن للام فلا يكون للبائع
قاله ابن يونس وايضا ما وهب لهما في ايام الخيار كالغلات وذلك للبائع
ومن له النماء فعليه التوى قاله الشيخ ابو الحسن الصغير وايضا الولد وقع
عليه البيع فكان له اذا اختار امضاء انه يعتق منهما الا ترى انه يعتق بعتقهما
وغيرهما والولد لم يقع عليه عقد البيع لأنه منفصل عنها فلذلك لم يكن للام قاله
بعضهم وانظر قال مالك اذا ادعى احد المتبايعين الخيار في ابن وفاء وادعى
الآخر البت ان القول قول مدعي البت واذا ادعى احد المتبايعين فساد البيع
وادعى الآخر الصحة ان القول قول مدعي الصحة منهما في كلا الامرين عند كل واحد

برعي

يرجع نقض البيع لأن في الخيار ويرجع الالتزام يرجع على مرجع الرد فكان القول قول
الراد على الرد لأن الراد مدع براءة ذمته ومرجع الإمضاء للبيع مدع لبراءة ذمته
والأصل شغلها فلم يكن القول قوله وكان القول قول مرجع التهمة لأنه مدعى عليه
وإنما اتفقوا على أن البيع إذا انعقد باشتراط النقد في الخيار أن الخصومة من البائع
واختلفوا إذا انعقد باشتراط الخيار والنقد بالثمن لا يجوز في تلك السلعة لأن الخيار
في الأول صحيح لم يفسد البيع وإنما فسد باشتراط النقد فيه بخلاف الثانية فإن
الخيار فيها وقع فاسدا وإنما قال ابن القاسم في المجنون ينظر السلطان ولا ينبغي
في المفقود لو باع أو اشترى بالخيار أن يأخذ له السلطان لأن المجنون جار في حكم المولى
عليه فللسلطان أن يشتري عليه ويبيع والمفقود إنما السلطان في حياطة
ماله خاصة ولا يشتري له ولا يبيع تنبيه قال اللخمي لو فقد المشتري بالخيار لم يؤخذ
له على قول ابن القاسم ويؤخذ له على قول أشهب في الثلاثة الأيام فيما شأنه على
المولى عليه وإذا جاز أن يؤخذ للمولى عليه مع قرب الأيام التي ترجى إفاقته فيهما
كان أحرى أن يؤخذ للمفقود وإنما قال محمد بن أبي زيد في الغريم يشتري سلعة بالخيار ثم
يموت أن الغرماء إذا أرادوا الأخذ إنما يجوز ذلك لهم إذا كان ما أخذ من فضل فللميت
يقضون به دينه وإن كان نقصانا فعلى الغرماء وقال في المفلس يؤدى عنه الثمن فما كان
من فضل ونقص فللمفلس وعليه لأن الثمن لازم للمفلس والذي ابتاع بخيار لم يلزمه ثمن إلا
بمشيئة الغرماء فلم يجب أن يدخلوا على الورثة ضررا وإنما قال القرويون إذا اختار
الغرماء رد السلعة التي اشتراها الميت بخيار وكان أخذها نظرا فالنظر للسلطان أن
يجعلهم يأخذونها وإذا وهبت هبة الثواب فأراد الغرماء ردها وكان أخذها نظرا
فليس للغرماء لأن هبة الثواب فرضها الموهوب له يقبضها إياها وبيع الخيار ضمانه
من بائعه فللغرماء أن يقولوا فوجب لنا أن نأخذ حقوقنا مما ترك فلا يلزمنا أن نتمم
للميت فعلا فاتته فما قاله عبد الحق وابن يونس وإنما جعلوا الضمان في الخيار الفاسد
من البائع وفي المواضعة الفاسدة من المشتري لأن المشتري في المواضعة الفاسدة
دخل على أن يجوز فيها فهو البيع الفاسد وفي بيع الخيار الفاسد إنما دخل المشتري على

حكم الخيار الصحيح ان الضمان من البائع قاله عبد الحق وانما قال في الكتاب
اذا اشترط في بيع لم يأت المبتاع بالثوب قبل مغيب الشمس من اخر ايام الخيار لزم
البيع لم يجز وقال فيمن باع سلعة وشرط ان لم يأت بالثمن الى اجل كذا والا فلا بيع
بينهما البيع جائز والشرط باطل لان في الخيار لم يتم فوجبا بشرطه وفي الاخر فتم
ثم فوجبا سقوط الشرط فيه تنبيه قال ابن يونس الصواب ان المسألتين سواء
ويدخلهما الخلاف قال الشيخ ابو الحسن للمسألة نكتة من جهة قوله ومن اشترى سلعة
على انه ان لم الى ثلاثة ايام ثم قال فان نزل جاز البيع وبطل الشرط وفي كتاب
الحمالة فمن ادعى قبل رجل حقا فقال له رجل انا كفيل بوجهه فان لم اوفك به غدا
فانا ضامن المال انه لا يلزمه شيء حتى يثبت فيكون حميلا بالمال وفي كتاب الحمالة
ايضا فمن ادعى قبل رجل حقا فانكره وقال اخرني الى غد فان لم اتك فالذي تدعيه قبلي
حق ان ذلك لا يلزمه لان ذلك مخاطرة ومن ذلك ما يقوله الناس اليوم من لم
يحضر وقت كذا مجلس القاضي فالحق عليه ان ذلك لا يلزمه وانما جعل في المدونة
للبائع مطالبته من اشترط رضاه او خياره لم يجعل ذلك للمشتري على تأويل ابي محمد
وغيره لان البائع اقوى في امر المبتاع لتقدم ملكه وتقرره بخلاف المشتري الذي لم يثبت
له بعد ذلك وانما قال في الكتاب من اشترى شيئا على خيار مما يغاب عليه ام لا ثم
رده في ايام الخيار فقال البائع ليس هو هذا فالمبتاع مصدق مع يمينه وقال لو رد
المشتري السلعة بعيب وقال البائع ابيع منك هذه لم يصدق المشتري مع ان السلعة
لو هلكت كان ضمانها من المشتري في الخيار لان البائع بشرط الخيار وكله على رده فاو جعل
ذلك اليه فصار كالامين على عينها بخلاف الرد بالعيب فانه لم يأخذه
ليرده قاله ابن محرز وقال المتيطي ان تقوم بينة للمبتاع تنبيها قيل في
كتاب ارايت ان قال البائع لا اعلم ان هو الذي بعته منك ام لا جعل للمشتري رده قال لا
رد له اذا لم يحقق البائع انكاره فيه قيل له يحمل على المشتري غير انه هو ام ليس هو فقال
فترك يتوجه وفيه قيل له فلو قال رجل لاخر لي عليك عشرة فقال المطلوب لا ادري عشرة او
خمسة قال يلزمه عشرة وسئل ابن القاسم عن مسألة الرد بالعيب اذا قال البائع لا اعلم

من

مثل من الذي يعطف منك ام غيره فقال يحلف المشتري ويرد ذالك قال ابن سهل من اصل
يختلف فيه وانما قال ذالك اذا ادعى اجر المبتاع بعيب في الخيار الحر فهذا واذا ادعى
ابن نزاهم كان القول قول مدعي الرد واذا ادعى احد المتبايعين بفساد البيع واذا ادعى
الاخر الصحة كان القول قول مدعي الصحة وفي الجميع كل واحد منهما يدعي نقض البيع
لان قد ادعى ابن لزاع في الخيار فيدعي على مدعي الرد فكان القول قول من ادعى على الرد
لان الرد هو براءة ذمته ومدعي الفساد يدعي لبراءة ذمته والاصل شغلها فلم
يكن القول قوله وكان القول قول مدعي الصحة لانه مدعى عليه والله تعالى اعلم
وانما اجاز في المدونة ان يشتري على اللزوم شاتين يختار منهما او اكثر من شياه قدر ذلك
او اكثر ولا يجوز للبائع ان يستثني لنفسه الا اقل العدد اذا كان الخيار له لان البائع
يعرف جيد غنمه من رديها فلو جاز ذالك لادى ان يختار خيارها ويأخذ المبتاع
شرارها ومن لم يدخل على ذالك

فروق كتاب التدليس بالعيوب

وانما ترد الدور وان دخول من العيب الكثير دون اليسير ويرد غيرهما بكل عيب لان
الدور لما كانت تراد للغنية والسكنى وانه ذراع لا للاداة والتجارة لم يكن للعيب
اليسير في عينها تاثيرا يوجب الرد لا كبر يوجب رد ما نقص من الثمن لئلا يكون البائع امسك
جزءا من الثمن من غير ان يدفع عوضه وايضا الدور لا يخلو بعيوبها اليسيرة فصار
ذالك عرفا في البيع من ردها وايضا الدور لا تكاد تخلو من عيب يسير فلو قضي
بالرد لاجل العيب اليسير مع كونها لا تنفك عنه لكان في ذالك ضرر بالمتبايعين
وايضا العيب اليسير فيها يجبر بجزء اشتغال اليسير فيها لكونها ذات اجزاء
والحيوان اذا استحق منها الثلث فاكثر وجب ردها وان كان اقل من ذالك لم يجب للمشتري
ردها لم يستحق وايضا الدور تصلح عيوبها بان ترفع حتى تعود كما كانت او
قيل ان تفسد بما عيبها مما يقدر على رفعه فلم يوجب الرد وكان اوجب القيمة لان
العيب لا يدفع ان يحتمل وايضا الدور لا تتباع في ابن سواء وغالبها وتعرض فيها
كما تعرض سائر السلع فلو قضينا فيها للعيب بالرد اليسير كالكثير لاضر ذالك

بالبائع كرنده لا يكفيه بيعها كما يبيع السلعة التي لا يكون الشؤم فيها ويفرق لك
بالمشتري لكونه لا يبتاع لها شراء مثلها على الغرر تنبيه رد بعض على كل واحد
من هذه الفروق باسوء الزمان وفساده واعترضها ثلاثة بفرقوا في الاول بان التعليل
يقتضي بان لا يأخذ قيمة العيب وأجيب بانه وقع في آخر الفروق من انه شاركه فلا ينبغي
هذا الخ لزاع وفرقوا في الثاني بان الرقيق يكتم عيبه حتى لا يكاد يطلع عليه ثم وقع
هذا مبيع هذا مردود له وفرقوا في الثالثة بانه يقتضي ان لا يرجع بقيمة العيب
وقد يجاب عن هذا ايضا بما قدمنا ان شاركه البيع اولا وفرقوا في الرابع بان
العيب اليسير فيها قد يسره الى بعضها خلاف استغلال ثوب من ثياب كثيرة على ان
بعضهم لم يعتبر ان استغلال الثلث وانما اعتبر ما يقدر وكل ما فيها سهما على الاستغلال
فوقه آخر وبالاحرى جدرانها الاربع الجنوب والشمال والغرب والشرق فلو استحق
لم يكن للمشتري به مقال وكذلك ينبغي ان يكون العيب اليسير قال الامام ابو عبد
الله المازري رحمه الله وهذا ايضا جار في استغلال بنفسه مثل يعاد في باب استغلال
جدرانها الربع وان سلم ذلك فلكون المشتري لا يلتفت اليه ولا يعرج عليه وفرقوا
في الخامس بانه يلزم على هذا ان لا يرد الثوب بالعيب لكون الرقيق يروح بكساده كما
يروح الرقيق لما ذكر من الرد بكساده قال المازري رحمه الله وقد هذا ان هذا
بعض المتاخرين وزعم ان الفقهاء لا ترد بالعيب اليسير وهذا الذي ذهب هذا خلاف
اصول المذهب وقد اعرك والله اعلم وانما اتفق المذهب على ان المبتاع اذا
لبس الثوب او وطئ الجارية بعد ان اطلع على العيب ان ذلك رضى الا ان اللبس
ليس غلة وهو ينقص الثوب والوطء لا يحل في امة لا يدري امسكها ام لا وانما لا ينبغي
في الرد بالعيب بقول المشتري فسخت البيع لاجل العيب حتى يحكم القاضي بالرد خلافا
لابن القصار وان الملاعنة المرأة على رد زوجها فقال ان الفقهاء لم ينفسخ النكاح
بلعانهما لان الرد بالعيب فيه اشكال ونزاع بين المذهب واختلاف بين العلماء
فلذلك لم يفسخ في العيب على مجرد قول المشتري فسخت او نقضت ورددت حتى
يتصل به حكم الحاكم ولا كذلك اذا الملاعنة على رد زوجها ولا خلاف في ذلك سو

اطلعت على ان به برصا فانه لا يفسخ بمجرد قولهما لاحتمال ان الرد بالبرص يتوقف على الاجتهاد والله اعلم وانما قالوا في استغلوا انه قل من المبيع اذا كان جملة عدد في البيع متفقين في الاكثر ويرجع المشتري بما استحق ولم يقولوا في حكم العيب بذلك مع انه جزء مبهم من البيع فكما ذهب الجزء بالاستحقاق ثوب من عشرة مثلا لا يعيب الشيء بالباقية ولا يزهد في المقصود منها واذا اشترى ثوبا فوجد فيه خرقا او عرفا فان ذلك الشيء الجزء الذاهب وان اختص بمحله فانه يرد الى جملة الثوب وكان العيب وجرى في كل جزء منه فصار المقصود من البيع لم يحصل فاشبه استغلال الاكثر من العدد في المبيع والله اعلم وانما قال في المدونة يعفى للمشتري عن امثال العيب من جهة البائع فان كل واحد يعرف لسرق وهو ما لا يحل وكتم والظلم حرام ان جعل عليه وان لم يعلم فانه مفرط اذ لم يكشف على العيب قبل ان يبيع والمتهم كالمتعمد في هذا المعنى مع كون الغالب حدوث مثل العيوب اليسيرة فيعذر البائع كالعافر على ان يتجاوز عن المشتري **تنبيه** قال بعض المتأخرين من الشيوخ الحق لا يعفى في غرامة العيب اليسير في حق المشتري كما لا يعفى عن العيب اليسير اذا اطلع عليه المشتري ولا فرق عندي بين البائع والمبتاع وقال ابن عرفة انه لا يعفى للمشتري عن ذلك اذا لم يكن البائع مدلسا لانه يرد المدلس كما لا يحمل عليه بخلاف غير المدلس وانما لم يجعل اهل المذهب لحوالة الاسواق تاثيرا في الرد بالعيب على المشهور وجعلوا له تاثيرا في البيع الفاسد فجعلوه فوتا يمنع من فسخ البيع الفاسد وعللوه بالضرر اللاحق بالفسخ لكون الشيء اذا زاد ضر بالمشتري فسخ البيع واذا نقص اضر ذلك بالبائع لكونه ترجع اليه سلعته وهو يقصر ثمنها وهذا بعينه جار في الرد بالعيب لان البيع الفاسد دخل فيه المتعاقدان على قربة لا حرمتها فيه على الاخر والعيب من جهة البائع لانه ان تعمد كان فعل لسنة وفهما واذا لم يعتمد ذلك من جهته لم يعتبر ذلك ايضا من المشتري بادله للشيء عوض بينهما وانما قال ابن المواز عن مالك فيمن ابتاع امة فزوجها فولدت عنده فباع الولد ان البائع اذا فلس هذا المشتري فان اراد نقض ما باع فانه ياخذ الامة وتمام مطالبة لم ياخذ المشتري من ولدها وعلله بان الولد غلة واذا رد الامة

بعيب وقد باع ولدها فإنه يرد ما أخذ من ثمن ولدها مع أن مقتضى كون الولد غلة
لا يرد ثمن الولد إذا باعه ورد أمه بعيب لأن الرد بالعيب والتدليس فيه باختيار
الراد وهو المشتري وكذلك في التدليس فإن البائع هو المختار للرد هذا العيب
وإن لم يطلع على الأمة فلا يجد سببا للمشتري في أخذه ولدها ولا نقضا للأصل في
التدليس أن لا يرد البائع ما عقد على نفسه من البيع لأنه أوجب الخروج عن هذا
الأصل ورود الحديث بذلك وهو قوله من أدرك ماله بعينه فهو أحق به
الحديث المشهور وجعلوا المستحق والبائع يرد المبيع في التدليس يكون ما باعه
باقيا بعينه والولد إذا بيع فليس هو عين ما باعه البائع ولو قدر أنه كعضو
من أمه وهذا العضو ليس موجودا فبقي حكمه على مقتضى الأصل وأيضا
البائع ليس له في التدليس أن يأخذ بعض الأمة وثمن الولد إذا اختار الإمساك لأنه
ليس له إلا أمر واحد وهو أخذ الأمة بكمالها ويكون له إذا اختار الإمساك الجملة
بثمنه وكذلك لا يكون له إذا اختار ترك الإمساك وحل ما عقد من البيع أن
يطالب بثمن الولد فليتأمل قال أبو عبد الله المازري رحمه الله
تعالى التحقيق يقتضي إذا قيل الولد غلة أن يكون الحكم لا يرد الولد في عيب
ولا تدليس وإن كان قائما بعينه فلا يرد ثمنه وإذا قيل أنه ليس بغلة
بل كعضو منها أن يكون يرد الولد في الجميع وإذا وجب رد عينه وجب رد ثمنه
وينبغي وجوب رد الثمن في الرد بالعيب وفي التدليس قد يقال فيهما ما أشرنا
إليه من العذر ولكنه جميعها لا يكاد يسلم من مناقضة ومما نحن فيه ما أنهم
جعلوا للغاصب أن يجبر النقص بالولد وجعلوه للمشتري في الاستحقاق وفي الرد
بالعيب لأن المشتري في الرد بالعيب إن أمسكها وولدها فإذا جبر النقص
فقد جبر بما يملك وفي الاستحقاق إنما أخذ زوجها وولدها جبرا لأنها للشبهة
ولا كذلك ولد الغاصب فإنه رقيق لرب الأمة فكيف يجبر به نقص ماله فالله
فليتأمل بعض هذا العذر جملة قال ابن القاسم في الأمة المودعة إذا
زوجها المودع عنده وولدت فقد جعل الولد فيه بعض النكاح مع أن الولد
كذا فيتأمل ذلك وإنما تعدد العقد بتعدد البائع كما لو باع رجلان
عبدا من رجل هو شركة بينهما فإن المشتري إذا اطلع على عيب فأراد أن يرد

على

على احدهما النصف الذي باعه منه ويمسك نصف الآخر فان ذلك له
ويفرق الصفقة الواحدة كصفقتين وان يتعدد بتعدد المشتري على احد القولين
القولين كما لو باع رجل عبدا من رجلين فاراد احدهما ان يرد نصف العبد الذي
اشتراه هو وشريكه واراد الآخر يمسك لان التعدد اذا كان من جهة من
باع فان مشتري العبد من رجلين اذا رد على احدهما نصف العبد وهو جميع ما
اشتراه منه لم تلحق هذا البائع مضرة في تبعيض صفقته اذ لا علاقة بينه
وبين شريكه في هذا وملكه لم يتبعض عليه واذا كان التعدد من جهة من
اشترى فلو اجاز المشتري لهذا العبد ان يرد نصيبه على بائعه الذي هو رجل
واحد تبعضت عليه صفقته والتبعيض اضرار به بوجب ان يكون من حقه
ابى فشاع من هذا القدر والله اعلم وانما كان اشتغلوا ثلث
الطعام كثيرا فللمشتري رده لعيبه عند ابن القاسم وكان يسيرا في الثياب
والحيوانات فيلزم المشتري قال ابن بشير فيما لان الطعام يرغب في شرائه
جملة في مقتضى العادات. وكذا ذهاب الثلث منه في حكم الكثير المذهب لعظم
المشتري ولو كان الذاهب منه يسيرا كالخمس فلا مقال له لقلة الضرر بالتبعيض
بهذا المقدار والله سبحانه اعلم وانما قال ابن اللباد اذا ردت السلعة
بعيب يرد السمسار الجعل ان لم يدلس البائع ولا يرد اذا دلس لوقوع البيع
فاسخ من اصله فيما لان البائع لما دلس صار هذا انقلاب السمسار
واستخدامه على جهة الغرر به في خدمته لما علم انها ترجع بلا شيء اذا رد
البيع بالعيب كما لو اذا لم يدلس تنبيه قال الشيخ ابو الحسن القابسي
رحمه الله ورضي عنه فيما لهذا الذي قاله ابن اللباد هذا انما اذا كان
السمسار غير عالم بانه فرد لسر البائع بعيب وان كان السمسار عالما
بتدليسه فانه يكون له اجر مثله بعد ونحاله اذا كان السمسار بهذا التغرير
ان يقع بعلمه بهذا كون البائع مغرا به ولا يكنه فضلا بلا اجر مثله قال الامام
ابو عبد الله المازري رحمه الله وكان ينبغي ان يفصل له بالتسمية لان هذا
الفاسد الذي تواطأ عليه البائع والسمسار من ناحية العقد وكونه عقدا
فرقا والبائع استأجر السمسار اجارة ممنوعة فلا يسوغ من ناحية عقد ما

وما يستر من جهة عقد الوجدان يقضى فيه بالتسمية وَاَمّا التي يجعلوا
اشتراط سكنى المبتاع للدار بعد الكلام على ما فيه رضى ويجعلوه رضى
في العبد والدابة على المشهور فيهما لان العبد والدابة يغيرهما الاستعمال
والاستغلال فلذلك يكف عن استعمال العبد وركوب الدابة والاكل منه
رضى الا ان يتعذر قود الدابة بخلاف سكنى الدار فانه لا يؤثر اشتراطه
فانه لا يكون دليلا على الرضى وانما قال ابن القاسم اذا اطلق رد المبيع
المعيب بعد اجارة او وطئ او عاد في مثل الشيء رد له وان قال بعد سنة
او معرفة فلا ارش لان الاجارة والرهن يقتضيان عدم الرد جملة ولا سيما
ان كان الرهن في غير حال مع ان السلعة لم تخرج عن ملكه واما الهبة والقرض
فليس للمجرد احتمال ان يردى مال يقع امكا وهو تملكهما في المستقبل مع ما
يستلزم من العود في المعرفة والهبة فمجاورة ذلك في العوان حكما حتى
ان احتمال الرجوع اليه ابعد من بعض الكلام ان لا تقول المشهور عليه
والله اعلم وانما قال فلك بعد ان تطلع عيب الزوجية بالثمن والطلاق
واذا وفيهما العيب يطلعها ثم انتز عمالن يكن عليه تمادى الملك مع انما
اعتياد للوطء وفيها لان الزوجة ليست كغيرها فلا تعد قرا عتلداد ت
الزوج والبيت فمادة ذلك عادة لها وليس كذلك الحوكوة لها بالهبة
ولا التي يطلعها الشيء لانه ليس بمعتاد ومعلوم ابغاد ارادت الزوج
ثقل وغيبة الناس فيها ويؤثر نقصها في ثمنها وايضا فانه قد يئوس
عودها الى ذلك لما يتعلق بقلبها من محبة الزوج واشتراطه التسليس فلا يعرس
بعدم امتعلها عنها المشي على التسليس وايضا الزوجة لها في الوطء
حق بخلاف الامة فلا ... ابن رشد تنبيه تعقب ابن عبد السلام تصريح
ابن رشد هنا بالفرق ليس لوطء الزوج او الزوجة وانما هو ناشر الحنيد
او الامة بالوطء وكون ذلك مؤذيا الى تعلقهما على تسريحهما وبهذا
يعترضه وكذا السير من وطء الزوج فاذا انفصل زوال احد الشقيقين
بزيل العيب وجب في الاخر كذلك هو وتعقب ابن عرفة عليه هذا الترجيح
قايلا لا يخفى على منصف ضعف هذا الرد لا في عدد الناس بالكلام في ملكه

الختان شربه ما اشتد عليه من بعده فما كان يتناول شربه مما لا يملكه لان الملك
مظنة لكثرة اوقات التناول به وعدمه مظنة لقلته وهذا مدرك بالعادة
ضرورة لان تمتع الانسان بما يملك من مركوب مما يكثر بخلاف من يكتريه دون
ملكه وقد ما اكترى اليه ما اشترى فافترقا فان قيل من اشترى ثوبا فقطعه
قطعا جرت العادة به مثل ان يشتريه ليقطعه فيقطعه ثوبا ثم يطلع على
عيب كان عند البائع فان المشتري بالخيار بين ان ياخذ قيمة العيب او يرد
الثوب وما نقصه القطع اذا كان البائع غير مدلس بالعيب الذي اطلع
عليه المشتري بعد ان قطعه واما اذا كان مدلسا فان المشتري لا تلزمه
غرامة هذا النقص الذي هو القطع لان البائع لما دلس بالعيب وعلم ان
المشتري يريده وانه قد يقطعه صار هو السبب في قطعه والاذن له فيه
فلم يكن له فيما لبسه به وصار هذا النقص منه كما ذكروه في مسئلة العبد
الذي يموت اذ دلس باباقه فابق عند المشتري فمات بسبب الاباق تنبيه
قال بعض المتاخرين ذكر مالك ان غير المدلس بالعيب ان المشتري ان شاء تمسك عليه
وياخذ منه قيمة العيب ويكره المشتري من ذلك لكون البائع ثما ثما والكلام الذي
ان يحمل عليه قال المازري رحمه الله وفي هذا الذي قاله نظر لان علة تمكين
المشتري من اخذ قيمة العيب الضرر الذي يلحقه بالخسارة بغرامة ما نقصه
القطع اذا كان البائع غير مدلس وهاهنا لا خسارة عليه فلا يمنع تمكين
المشتري من المطالبة بقيمة العيب وايضا فانهم قالوا فيمن ابتاع ثوبا دلس فيه
البائع بعيب فقطعه المشتري وخاطه قبل ان يعلم بالعيب ان القطع نقص
والخياطة زيادة فيجبر بالزيادة عيب النقص وقالوا فيمن اشترى ثوبا
فيصبغه عنده ضرورة بصبغه او يقطعه ثم يصبغه لانه على ان النقص يجبر
بالزيادة وتردد الشيخ ابو اسحاق التونسي وغيره من الاشياخ هل يقتضي
المذهب جبر القطع بالخياطة المخيط هذه الزيادة التي لا تعلق لها بالنقص
او كانما يجبرها لان الخياطة يقتضيها القطع وكانهما كمعنى واحد لتعلق الثانية
بالاولى ولم يحسن هاهنا ان يجبر الاول الثانية بخلاف من قطع الثوب ثم صبغه
او خرقه ثم صبغه فان هذا لا تعلق لاحدهما بالاخر لانه لا يزول عنه فرقا لو امر خرق

ثوبا فقطعه رجع وغرامة ما نقص وبناء ان الا لكون القطع تعريبا لجزاء
والرجوع تلفيقهما ونظمهما فحسن ان يجعل كالشيء الواحد فقيمة عارض
الواجب على المشتري غرامة النقص من جنس الثمن فلما يجب ان يخرج قيمة
القطع فيأتي من جنس الثمن ويكون شريكا بالعرض الذي زاد في الثوب وهو
الخياطة اذ لا يجبر من وجب له على انشاء شركة فيأتي ان ياخذ عنهما عوضا بغير
اختياره والعذر عن هذا ان الخياطة لما كانت من مقتضى القطع صار كالشيء
الواحد كما قدمنا في العروض ولهذا اختلاف فيه وانما قالوا فيمن ابتاع
جارية بكرا دلس فيها البايع فافتضها ثم اطلع على عيب فيها بعد افتضاضها
اذا ردها بعيب يرد معها ما نقصها الافتضاض فلا باس من الكاتب واذا
اشترى ثوبا فقطعه قطعا جرت العادة به فان المشتري اذا رده لا تلزمه
غرامة النقص الذي هو القطع اذ كان البايع مدلسا لان القطع لا منفعة
للمشتري فيه بخلاف الافتضاض فانه مما يتمتع به المشتري كما يتمتع باللباس
فلذلك وجب عليه رد قيمة الافتضاض ان رد الجارية وانما قالوا
فيمن ابتاع امة ثم اطلع فيها بعيب وهو مختار ردها اي لو شاء امسكها
فلما اختار ردها حكم عليه برد ما نقص افتضاضه لها وفي الحج شتمقاق (؟)
فتحرزونه بالعيب ويعذر في ذلك اذ لم يخرج من يده عن ارادة والله
اعلم وانما قالوا فيمن استحقت من يده امة وقد افتضها انه لا شيء
عليه في الافتضاض واذا ابتاع ثوبا ولبسه ثم استحق من يده فانه
يرده ويرد معه ما نقصه لبسه لان لبس الثوب يتلف عينه او جزءا
من اجزائه وليس الافتضاض كذلك اذ عيب الجارية فيه والله اعلم
وانما قال ابن القاسم فيمن اشترى غنما وعلى ظهورها صوف قد كمل ثم انه
يرد الصوف اذا رد الغنم بعيب واذا اشتراها وفي ضروعها لبن لا يرد الا ان
رد ما بعيب لان اللبن خفيف يتوفى في حكم الضرورة ولا حصة له من الثمن وكذلك
الصوف وانما قالوا فيمن اطلع العنز على الدفة انه لا يرد ما ازدرجها (؟)
شيئا واذا اطلع العنز على صوف عري سمن بعقله وقال انما ازدت سمن غنم انه
يرد ذلك لكون سمن الغنم الكبيب بمقتضى منها ان تكون الشروة عيبا لكون البكارة

(هامش: وفي قراءة افتضاها ويرد معها ما نقص الافتضاض وفي كلا العرض (؟) افتضاض الا ان يكون دلس بعيب من اختار ردها (؟))

(هامش: بعيب)

ابصل

ابتذال الثياب البلوية من الغالب وعليهما يدخل المتعاقدان الا ترى انه لو كانت
الامة من غير النسب بحيث في الظاهر من حالها البكارة ان للمشتري مقالا اذا
وجدها ثيبا وافقد السمن ولعله اعتقد ان سمن الغنم هو الغالب عندهم وعليه
دخل المشتري ولهذا جعل له الرد والله اعلم وانما قال في المدونة فيمن اشترى
قلنسوة سوداء فوجدها ركبت من ثوب خلق ثم صبغ وركبت منه الجبة
انه عيب لان الغالب ان لا تركب عندهم غالبا من ثياب ملبوسة ولا كذلك الجباب
وانما قالوا ينبغي ان يجزئ من خلط اللحم الذي يطلب للتسمين بلا ان اشترى ومنه
مشتر على ذلك بلا ان ينبع ما فيهما اقل كان كما ان يسيرا ولا تخفى فيما كثر من
الذي كان كعشرين او نحوه حتى يعلم مقدار السمين من الذي يطلب للهزيل ويرد جيده ورديه
ويعلم فيه احدهما من الاخر على جهة التمييز بخلاف ما كثر من ذلك ويتصدق
به قل او كثر اذا كان يسيرا عقوبة في المال مع الادب بخلاف
الكثير الذي يشتد الضرر باتلافه على صاحبه ويباع عليه ممن يؤمن ان يدلس
به قاله المازري تنبيه لا شك في ورود الشرع بالعقوبة في المال فمنها
اباحته صلى الله عليه وسلم سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده ومنها
امره لعبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بحرق الثوبين المعصفرين ومنها امره صلى
الله عليه وسلم يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الاهلية
ومنها امره بتحريق متاع الذي غل من الغنيمة ومنها تحريق عمر رضي الله عنه
المكان الذي تباع فيه الخمر وافتى به يحيى بن يحيى وفعله سحنون وابن حكيمة وتركوا
ومنها ان عمر رضي الله تعالى عنه اراق اللبن المغشوش وسئل مالك عن اللبن
المغشوش ايراق قال لا ولكن ارى ان يتصدق به اذا كان هو الذي غشه وقال في
الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك وسواء كان ذلك قليلا او كثيرا
وخالفه ابن القاسم في الكثير وقال يباع المسك والزعفران على من لا يغش به
ويتصدق بالثمن ادبا للغاش وافتى ابن القطان في الملاحف الردية النسج ان تحرق
وافتى ابن عتاب بتقطيعها والتصدق بها خرقا ومنها العقوبة بالمال واما
العقوبة بالمال فممنوعة وانما كانت في صدر الاسلام ثم نسخت وحكى ابن
رشد اجماع الامة على نسخها وهو خلاف قول ابن قيم الجوزية الحنبلي ومن قال

ان العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على مذاهب الائمة نقلا واستدلالا
وليس بسهل دعوى نسخها وفعل الخلفاء الراشدين واكابر الصحابة لها بعد
موته صلى الله عليه وسلم يرد دعوى نسخها والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب
ولا سنة ولا اجماع يصحح دعواهم الا ان يقول احدهم مذهب اصحابنا لا يجوز
فمذهب اصحابه عنده عيار على القبول والرد ه‍ وسئل ابن الكماد عن فتوى
ابن العطار بفعل الحارث مرارا على المطلوب المليء شاهد لابن القيم
الجوزية على ابن رشد والله اعلم وانما قال بعض الشيوخ فيمن قام بعيب
والبائع منه غائب ان المشتري يحلف على ان العقد صحيح لئلا يأتي البائع
فيدعي ان العقد وقع فاسدا فيجب فسخه ورد المبيع اليه ولا يقام عليه ولا
يطلب في مثل اليمين التعليق في المشهور بل يستحلفه في ذلك فكانه لكون مدرك اليمين
لم تطلب وان كانت من اجله لم يرعها وقال في عوض الفقهاء لا يكتفي
بما يقع عندنا في غير المشهور لان الفقهاء للعربي وانه لا يتكرر ويكثر فلا تشغله
باليمين بذاكر بخلاف دعوى فساد البيع والعقد فان الغالب عقود الصحة
بين المسلمين ولمن كان القول قول مدعيها وانما يحلف في البيع المشكوك فيه
على البت اذا كان ظاهرا او على نفي العلم اذا كان خفيا لان الاكثر ان البائع
لا يخفى عليه العيب الظاهر واذا كان مما يخفى عليه حلف على القطع انه لم
يكن عنده ولا كذلك الخفي فيمينه قال المازري رحمه الله الاصل في مثل
ان كل من استحلف على اثبات فعل فعله هو او فعله غيره فانه يحلف على
البت والقطع لكونه يعلم فعل نفسه ويعلم فعل غيره اذا شاهده وكذلك
وكل من استحلف على نفي فعل فان كان فعل نفسه حلف على البت لانه يعلم ما
فعل وما ترك وان استحلف على ان غيره لم يفعل حلف على العلم لانه لا يمكن في
غالب الامر ان يقطع على غيره انه لم يفعل كذا الا في موضع نادر بتخصيص زمن
وانما قالوا فيمن اشترى شيئا شراء فاسدا وفات في يد المشتري والبائع غائب
ان القاضي يقضي بالقيمة عن الثمن للبائع في ذمة المشتري الا ان
يقوم وقالوا فيمن اشترى سلعة ثم اطلع على عيب بها في غيبة البائع غيبة
بعيدة واثبت العهدة ان له ان يرد ويأخذ الثمن من مال الغائب ان كان له مال

بعد

بعد افيه وان لم يكن له قال بيعت تلك السلعة وقفى منها المبتاع فاذا فعلت
فيضمنها القاضي وان وقعها عند من شاء من مبتاع او غيره لان البايع في البيع العام
غاب وهذا ان القيمة لا دينا على المشتري بسبب فساد بيعه وفاد خلل فيه
والسلطان لا يقضي دين الغايب اذا لم يعقد لكونه غاب وهو ان يرقه
موقوفي ذمته فالنظر للقاضي في ذلك بخلاف العيب الا ترى لو جنى رجل على
مال غايب فان القاضي يطالب الجاني لكون صاحبه ان لم يرض فعل الجاني
ولا يقضي ما وجب عليه في ذمته فلا نظر فالة انر اجرمنين فتنبيه لخص
بعض المشايخ في هذا الفرق بان قال ان البايع بيعا فاسدا لم ينصرف عن ذلك
يكون مقوله القيمة في ذمة المشتري وانما انصرف على ان لا مطالبة بينهما فيكون
للقاضي النظر في هذا الباطل للغايب لكونه لم ينصرف عن ذمة بيعها في ذمة
المشتري واشار هذا الشيخ الى ان الفرق كعدم الرد بالعيب ينقض البيع من اصله
فاذا اتفق برد المشتري بالعيب صار المشتري والبايع كانهما لم يتبايعا فلا فعل
فينظر القاضي في مال الغايب ومسئلتنا في البيع الفاسد العبد الذي تعاملا فيه
لم يرجع الى ملك البايع وانما تعين انه اما قلنا في مقدار الثمن فيجب بقاء البعض
في ذمة المشتري قال الشيخ ابو عبد الله المازري رحمه الله والتحقيق عندي
في هذا ان المشتري لهذا الذي عند القاضي ان لم يكن مع المشتري ابقا فالحكم النهي
في ذمته ان كانت مامونة ولم يتبع لئلا يخرج ذلك الى امانة يكون معرضة
للضياع وان خاف على قلة الذمة وامن على الثمن اذا اوقعه في امانته فلا بد
يوقفه وكذلك لو باعه من اشتراه وقام فيه بفساد او عيب فانه يبقى
الثمن في ذمته ان كانت مامونة وان كان يخاف فيما غررا يعلم ان البايع
لو حضر ما رضي فانه يخرجه من ذمته وكذلك لو فات ولزمت المشتري القيمة
فانه يفعل في القيمة ما هو الاصلح للغايب اذا علم ان الغايب لم يرض
بالوقف وانما قالوا فيمن اشترى من رجل شجرا ليزرعه وبين للبايع انه
يريد له بذلك فيزرعه ويثبت انه لم ينبت فان البايع يرد جميع الثمن لكونه
تلعب عليه بغروره وتدليسه ولو اشتراه منه هذا الشجر ولم يذكر له انه
يريده ليزرعه ولا يعلم ما ذلك من قراين الاحوال تبعا مما يقوم مقام الاشتراط

فان البائع لا يلزمه رد جميع الثمن وانما يلزمه قيمة العيب لان الشعير قد ينبت
لا يثبت واحرى قد دلسه البائع ان علم ان شعيره لا ينبت فكتم ذلك قاله ابن حبيب
تنبيه ولو كان المبيع من البزور التي تراد للزروع ولم يشترط اي اشتراط
المشتري كونه يريدها للزراعة ويعلم العلم بذلك عند الاشتراط في شراء الشعير
انه يراد للزراعة فيلزمه رد الثمن ايضا اذا علم البائع انه لا ينبت فدلس
بذلك فزرعه المشتري فلم ينبت قال قلت لم اقف لابن حبيب بان البائع اذا
علم ان الشعير المبيع لا ينبت فكتمه عن المشتري ولم يذكر انه يريده للزراعة
قلت لا اظن يجري فيه انه قد يريده للزراعة فكان من حقه ان يبين ذلك للمشتري
لئلا يقع فيه ويكون التدليس من البائع وهو [illegible] قال المشذالي على المسلم
وانما قالوا فيمن باع جرة فهي مكسورة وهو عالم فذهب المشتري فيما [illegible]
فهلك فلا ضمان على البائع وان كان اما الفر لان لشراء المشتري بها احتاج ولم
يحصل بخلاف الشراء فانه في الدوران والجناية في امر خارج عنهم وفيما اتى عن
الغراني مزيته في المدونة لا يوجب تضمينا وانما قالوا اذا زال العيب
منع الرد واذا زال التكلم في الحضانة بالطلاق او الموت لم تعد لان الامر نفسه
لما تزوجت استحقت الحضانة غيرها ولو زال التكلم [illegible] لما بيع
وان تقطع العلة وانما قالوا فيمن باع عبدا قد ابق عنده فكتم من المبتاع
منه اباقه فابق هذا العبد عند المبتاع فهلك في الاباق فان البائع يضمن سوى
الطلب او يموت [illegible] فيتردى من جبل او يقع في غار فيهلك فيه فبسبب الاباق
فانه يجب على بائعه رد جميع ثمنه وقالوا فيمن ابتاع ثوبا فقطعه خرقا او
[illegible] ثم اطلع على عيب به [illegible] فانه اذا بعد ذلك لم يكن له
الا قيمة العيب سواء كان البائع مدلسا او غير مدلس وكون البائع مدلسا
فيهما لان السبب انما علم هذا العيب الذي هو ملك للعبد فلم يعينه للمشتري
حتى اتلفه المشتري بجرسه فانه قد غر عن التلف على المشتري به قاله
ان الغرور والجناية للمال [illegible] ولو كان فوقه [illegible] فكيف بهذا وقد اخذ
عوضا عن بيع ما [illegible] فلا يشبع به والمشتري اذا دفع الثمن على ما يشبع به
[illegible] ان يقع ثمنه ولا كذلك مسألة الثوب فان البيع قد بان عند المشتري بقطعه

والتدليس فلم يجب على البائع رد جميع الثمن وان كان مدلسا لكونه غير متلف للمبيع
وانما اوجبوا على البائع مع الشك في حدوث العيب وعدمه حلف اليمين على
بعدم العيب ولم يوجبوا الحلف لمن شك في ثبوت حقه على غيره اتفاقا مع ان
الجميع شك لان شك البائع المعرفة في قدم العيب مع حلفه وجود شبهة قوية بخلاف
من شك في ثبوت حقه ولهذا كان الصواب فيمن شك في قضاء دين عليه او لا
يجبر له على دفع الدين قال الامام ابو عبد الله المازري رحمه الله في كتاب الصرف
من شرح التلقين في تعليقه لاختلاف في المذهب من نقله رد الشك لا شبهة له
وقرائنه ان الشك في القضاء يصير الدين مشكوكا في ثبوته وانما قال الواقعين
شك هل له عنده دين ام لا فانه لا يستحق الطلب بالشك ولا يمكن من خصومته اتفاقا
ولو كان له عليه دين شك هل قضاه ام لا فان في تمكينه من طلبه ان له الدين اختلافا
كما ترى لان الشك في قضاء الدين يصير الدين مشكوكا في ثبوته في ذمة الغريم وصاحب
الدين يقطع انه لم يقبضه شيئا وان الدين قد ثبت فيكون الشغل فوق الطالب مستحقا
ولا كره مع يقينه بحصول الشك في عمارة ذمة الغريم بخلاف من شك هل عنده دين ام لا
هذا الشك لا مستند له ولا شبهة يستند اليها والله اعلم وانما عللوا ان
اقرار الوكيل على البيع بانه كان يعلم بالعيب لينقض البيع لم يقبل قوله ولو وكله
على دفع دراهم سلما فقال البائع هذه زائفة اعترف الوكيل بزيوفها الا من دفع
ان وكالته كانت واحدة فيما قبض انقضت لانه ما وكل عليه في مسألة العهدة فانه يقع
بمثابة الوكيل كالاجنبي والا كذلك في مسألة السلم لان الطعام المسلم فيه لم يقبض
فبقي بقبض فعل الوكيل لم ينقض بعد ولذلك لو قبض الطعام لانقضت وكالته
فلا يعد وقاله التونسي عن بعض المتأخرين تفهيمه فقال الحافظ رحمه الله وهو
المتأخرين من انكر هذا او كلام المسئلة تقديبا الوكيل ولو قبض الطعام قلت وحملنا
على كلا حرمنا قال ابن يونس يحتمل ان لا اختلاف فيه وانما قالوا فيمن اشترى ثوبا
وصبغه ثم اطلع على عيب فيه فاراد الرد انه يكون شريكا بما زاد الصبغ وفيمن اشترى
ثوبا فصبغه ثم استحق من يده وابى المستحق ان يعطي قيمة الصبغ وابى المشتري ان
يعطي قيمة الثوب ابيض انهما يكونان شريكين بقيمة الصبغ لان الثوب في الاستحقاق
اخذ منه فهما شريكان بالقيمة او لا يدرى الصبغ يقضى بالكلا وكذلك العيب

فلانه يخير في كون صبغه بالرجوع بارش العيب قاله ابن محرز وغيره تنبيه
عزو التتائي العزو المذكور لعبد الحق وقال الشيخ بالبسر لانه لا يجبر على الشركة
او رضي برجع ثمن الثوب كواجد العيب ان رضي بامضاء البيع لم يجبر على الشركة
قال و والاظهر انما ثبت له في الشركة قيمة ما الصانع به او يدفع عنه الاخر
بدفع قيمته البيع فلما كان في الاستحقاق لم يدفع قيمة الصبغ لم يوجد عنه فلم
يثبت للصبغ قيمة بانفراده وليس للمشتري رد الثوب بالعيب ناقصا عما اشتراه
فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان اكثر مما زاد على قيمة الثوب كان قد رد ناقصا بالنقص
الذي احدثه الصبغ ولم يرد البيع ذلك الصبغ فاذا جبر (كذا) له بالنقص وشاركه بما زاد
والثاني قال ابن القاسم في المدونة وهو قول اصبغ ايضا في العامل في القراض يصبغ
الثوب من عنده فلم يرد رب المال ما صبغه انه يكون شريكا بما ودى وقال في الاستحقاق
ويكون شريكا بقيمة الصبغ وفي العيب بما زاد لان القراض ملحق وقوله في تتمة
[illegible] الثاني فكانه صبغه باذن ربه وللصبغ حصة في ثمن السلعة والله اعلم والثاني
ان من دفع ثوبا الى صباغ فاخطا فصبغه غير ما امر به واعترف الصباغ بذلك
ان له ان يعطي قيمة الصبغ وياخذ ثوبه او يضمنه قيمته يوم قبضه كالغاصب
والسارق يغصبان الثوب فان رده فان ربه يخير في اعطائهما قيمة الصبغ او تضمينهما قيمة
الثوب غير مصبوغ ولا يكونان شريكيه كالاستحقاق والرد بالعيب لان الصانع غير
معذور بخطئه والغاصب والسارق متعديان كلاهما والاولان لم يحصل منهما تعد
تنبيه قال العبدوسي تحصل الشركة بالصبغ في خمس مسائل مسالة العيب ومن
القت الريح ثوبه في قصرية صباغ والاستحقاق ومن فلس بعد صبغه ثوبا اشتراه
فاخذه بائعه بقيمته ومسالة القراض الا ان الشركة (كذا) فيما زاد في الثلاثة
والرابعة بقيمته وفي الخامسة بما ادى ولا شركة في ثلاثة مواضع من صبغ ما غصب
لزمه اخذه مجانا او قيمته ومن دفع ثوبا لمن اشتراه منه فباع وانه غير بعد صبغه
لم يرجع بائعه بقيمة صبغه وغرم له قابضه قيمته ابيض والقصار يخطئ كذلك
ومن صبغ ثوب رجل فلبس فله ما زاد الصبغ فيه والثاني قال في الجلاب من اشترى
امة سمينة فهزلت عنده ثم علم على عيب فله ردها ولا شيء عليه من هزالها وان اشترى
دابة سمينة فعجفت عنده ثم علم على عيب فله ردها بغير شيء في حبسها او اخذ ارشها

وفي ردهما ورد ما نقصهما العيب عنده واخذ ثمنه لان الدابة انما تراد للمنفعة
والاستمتاع وذلك يوجد مع الهزال والدابة العجفاء ينقصها في جميع منافعها
فان كانت الدابة اريدت للزينة فيزول ذلك بالعجف وان اريدت للجري فينقص
بالهزال وان اريدت للحمل فكذلك ايضا والدابة اعني الهزال فيها موجود مع الهزال
فلذلك افترقا والله اعلم *تنبيه* قيد بعض الشيوخ الهزال بما اذا كان من
غير علة وقال ان علم ان الهزال انما حدث بذلك من علة كان ذلك عيبا ويكون كما لو
حدث عند المشتري عيب آخر وهو تقييد كما هو والله اعلم وايضا قال والظاهر اذا
علم المبتاع بعد البيع ان المبيع لغير البائع يخير في الرد والتماسك على ان عهدته على
الامر الذي يرضى الرسول انه يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري واذا باع الغاصب
ما غصب ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع لا اختيار للمشتري مع انه لم يدخل على ان
العهدة على الامر لان ذمة المغصوب منه خير من ذمة الغاصب قاله التونسي *تنبيه*
تعقب ابن عبد السلام رحمه الله هذا الفرق بان البائع لو كان غير غاصب لما كان
للمشتري ايضا حجة في انتقال العهدة قال وكان يمشي في جواب المذاكرات ان احتمال
ان يستحق او فلس في كل البيع حاضر فعسر الاحتراز منه بخلاف انتقال العهدة فيه
كالعيب الذي يستوي فيه المبتاع في التحقيق فلم يكن فيه مقال واحتمال الوكالة فيه
لان الغالب ان متولي البيع مالك للمبيع فعيب العهدة فيه كالعيب الذي يظهر الا كالطالع
عليه هـ وهذا ضعيف اقل ما فيه عدم تناوله مسئلة الغاصب ونحوه ابن عرفة رحمه
الله بان انتقال العهدة عن الوكيل اشهر من انتقالها عن غيره من غاصب وغيره وهذا ان
كان ما يظهر من عيب قبل عقد البيع ولو ساعة لا مطالبة للمشتري على الوكيل حالا ولو تعذر
عليه الموكل وفي غير المطالبة به على بائعه فيه كان عالما او غيره ان تعذر عليه
المستحق الحين لانه غريم غريمه ولا يلزم من اعتبار اخص اعتبار اشهر وهو فرق تام
والله اعلم وايضا قال ابن القاسم اذا ابتاع المبتاع الولد او قتل واراد رد الام
بعيب انه يرد ما ورد معها ما اخذ من ثمن الولد او قيمته بخلاف المدلس يبيع الولد
ثم يجد البائع الام فلا شيء له لولده فيما بيع من ولد لان المبتاع في الرد بالعيب مختار
للرد وقد كان له ان لا يرد ويأخذ قيمة العيب فلما اختار الرد واخذ ثمنه وجب عليه
ان يرد ما اخذ في الولد اذ ليس الولد بغلة وكذلك ثمنه وفي المدلس البائع هو مختار

للرد وقد كان له ان يقوم بثمنه فلما اختار الرد لم يكن له ان يمسك وياخذ
لقوله عليه الصلاة والسلام ايما رجل فلس فادرك رجل ماله بعينه فهو
احق به من غيره فقد رد ذلك على ما كان فلا حق فيه والولد فزيادة وكذا لم يكن
له ان يترك الام ويقوم بثمنها وثمن الولد لانه لم يكن عليه الا ثمن واحد وكذلك
لا يكون له ان ياخذ الام ويقوم بثمن الولد فالمراد ان يونس ويقوم بالكل من منزلة
وانما جرى ذلك في البراءة بين الرقيق وغيره لان عيب الرقيق قد لا يعلم الا من
جهته فربما لم يكتمه ولكن يكتم ذلك وله في ذلك غرض صحيح وهو مخافة ان يكون
عنده بابعد الزمن عنده فيكتم ما به ليلا يباع فيجوز لها بعد جهده بالبراءة اذا
لم يعلم بالعيب وليس كذلك مسائل الحيوان لان كتمانها لعيوبها مستحيل فيهما
لعجمتها وانما قيل بدخول عهدة الثلاث في الاستبراء دون السنة لان
الثلاث والاستبراء تماثلا لعمومهما في كل عيب وخصوص السنة بالجنون
والجذام والبرص قاله ابن رشد وانما لم يلزم وقف الثمن في الخيار اذ ملكه
للبائع ويلزم في المواضعة والغائب اذ الملكية لان في الخيار منحل وبيع
المواضعة والغائب منبرم ولانه اذا خرجت الامة من المواضعة فلا خيار لاحد
من المتبايعين على صاحبه وكذلك بيع الغائب اذا وجد المبيع على صفته بل هو
اخص من المواضعة لانه يصح بشرط النقد في بعض انواعه والضمان من المشتري او
يصح شرط الضمان منه وقد تقدم تقريره في شروط الخيار وانما منعوا النقد
في عهدة الثلاث بشرط والزموا النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد
وكلاهما في ضمان البائع لان الغالب في الثمار الامن والسلامة ولا كذلك الرقيق
وايضا ما يطرا على الثمار يستوي فيه علم المتبايعين بخلاف الثلاث لا تحتمل
تعذر البائع بالعيب او بسببه وانما منع شرط النقد في عهدة الثلاث
واجيز في عهدة السنة في عيوبها بسبب ان الغالب السلامة فيها فهو من الوقوع فيه
تارة بيعا وتارة سلفا ولا كذلك عهدة الثلاث لان الضمان فيها من البائع من كل شيء
تنبيه مر في احد المسائل الاثني عشر التي يجوز النقد فيها تطوعا ولا يجوز
شرطا وهي بيع الخيار والعهدة والمواضعة والمبيع الغائب على صفة صاحبه
والعروض البعيدة الغيبة ومن اكترى دابة لتركب بعد شهر ومسائل الجعل والاجارة

على حراثة زرع وكراء الارض بغير اجرة مؤونة وكذلك الجنان والارض المبيعة
على التكسير وفي المذهب مسائل لا يجوز القضاء فيها بما هو عليها ولا شركها انظره في
كتاب الاستبراء من النكت وانما لا يجوز وضع الثمن عند البائع في المواضعة
وان كان ضمنوه عليه ويجوز في الرهان ختم عليه لان الثمن في المواضعة غير
المقوم ويجعل ذلك على حول لا يبرح ولا كذلك الرهن فانما وضع توثقا وانما تجب
العهدة على الوصي فيما باعه من اموال اليتامى للتجارة بها ولا تجب فيما باعه
لانفاقه ونحوه عليهم لانه ما باعه للتجارة وفعله ذلك اختيارا من غير ضرورة
اليه اذ لا يلزم الوصي ان يتجر بمال اليتيم فاذا فعل ذلك اختيارا صار كالوكيل
المفوض اليه الذي يقضى عليه بالعهدة لكونه فعل ذلك اختيارا واحل نفسه
محل مالك السلعة في التفويض اليه في فعله متى شاء ومن شاء بخلاف نفقتها
للانفاق فانه بمنزلة كوكيل مخصوص على بيع امر معين فلا عهدة عليه تنبيه حكم
عامل القراض والشريك المفاوض اليه في نصيب شريكه اذا باعه مع نصيب
نفسه حكم الوكيل المفوض اليه العهدة عليهما وانما قال في الجواز بفعل
ذلك في الوصي والوكيل المفوض اليه اذ المشترط ان لا يجب عليهما الشرط
بفعلهما ان كانا من اهل العقل والدين وان لم يكونا كذلك لم يفعلهما لانه اهل
التساهل والافراط في الديانات بفعل ما يشتملا فيهم فيوقعهم بهذا الشرط
لانه اشتراط ما لهم فيه منفعة وينفي مضرة ويكرهوا ان يجعلوا مال الغير فيهم تأمل
ومن هو ابنهم يبغي على الاملاك تغليبا للتهمة اذ لا تلحقهم معرة باشتمالها فيهم
وانما قال الا عهدة على الوكيل المعين اذا باع واذا اشترى فالثمن عليه
نقدا كان او مؤجلا بنص القاعدة ان من وكل على شراء سلعة او بيعها اليه ثمنها
وايضا فان العهدة امر بما منه قبض او اكثر استعمالا والاطلاع على العيب
ومن افرد لا يقع فلهذا لم يجعل على الوكيل عهدة فيما باع وجعل عليه الثمن لينه
بالثمن لان كل مثل لا بد ان يكون له ثمن وانما لم تجب العهدة في العبد المسلم فيه
على احد القولين ووجبت في المبيع المعين لان العبد المسلم فيه غير معين فمن نفى
التعيين الكامن فيه انه يضمنه الحمل بسبب الادواء المعتبرة في العهدة فلا
تثبت العهدة فيه لانه لا يعلمه عادتها وانما قال مستوفيا للعهدة في غير العبد

ع

عهدة بخلاف عبد اشتري مع ان الجميع شراء مع ان العبد المأخوذ عن دين لو وجد
فيه العهدة لأدى الى فسخ الدين في الدين فمنعوا الجعل وهنا ما يبحث فيه فتأمله
وانما لم تجب العهدة في عبد المهر على المشهور وتجب في العبد المبيع مع ان الجميع
فعلا وهذا لان عبد المهر عوضه ليس بمال محض فخرج عن احكام العقود المالية
في هذا وايضا فانه قد تشوف فيه الى البضع اذا عقد عليه وجب تعجيل استباحته
البضع اذ لا يجوز العقد على بضع لا يستباح في الحال والبضع لا يجوز اشتراط تعجيل
استباحته لانه كاشتراط النقد في عهدة الثلاث واشتراط النقد ممنوع فاقتضى
هذا منع اثبات العهدة فيه لكون الاثبات فيه يقتضي منع النكاح وفساده وان
يرفع حكم العهدة فيما هذا   فيكمل ان اخلفه فيكون من البائع كمن بلا ملك
وانما قال في الموازية والواهبة لا عهدة في عبد وقاله سحنون وعلى ابن زرب
وتجب في المبيع لان التسلف كرفقه المعروف فلا ينبني الامر فيه على التتميم والمفاصلة
اذ لا كان بسنة والمخالفة بينه لان فعل المسلف انما هو او اذنه فيجعله نفسه تحرم
عليه فلا يجعل بخلاف البيع تغيبه ولا الاقالة والتولية لا عهدة فيهما
على المعروف لا يقال تخرج في الاقالة الخلاف من ابن القاسم في الاقالة
هل هي نقض او ابتداء بيع قلنا وقيل بانها ابتداء بيع وجب ثبوت العهدة فيها
لانا نقول وان قلنا بانها ابتداء بيع فان هذا البيع فهو فيه الى المعروف فلا يلحق
بالعهدة المقصود فيها المغالبة على جهة المكايسة ولم يقع في المذهب
خلاف في الرد بالعيب انه لا عهدة فيه وان كان قد قيل في احد القولين ان
الرد بالعيب كابتداء بيع ولاكن هذا وان قيل هو بيع فقد اوجبه الشرع بغير
اختيار ووقع الفسخ فيه فخرج عن العقود التي هي مبنية المقصود فيها
المكايسة وانما لا عهدة في العبد المخالع به وتجب في العبد المبيع ان كلا
منهما فعلا وهنا لان المرأة لما ملكت نفسها بالخلع ملكا تاما لا يتعقبه رد
وجب ملك الزوج العوض كذلك وايضا الخلع ليس كالبيع المحض ولهذا جاز
مع الغرر على احد القولين وايضا فالمرأة قد استعجلت فيما اشترته
وهو منافع بضعها فيما ذلك كاشتراط النقد فيما فيه العهدة وقد قدمنا
ان اشتراط النقد في عهدة الثلاث لا يجوز فلذا امتنع اثبات العهدة في الخلع

ومنع

مع الفعل وهنا وجب منعه في نفسه دون منع أصله كما تقرر في التوجيه
لاشتغالهم العهدة في النكاح وإنما سقطت العهدة في العبد المسلم فيه دون
المبيع لأن السلم يقتضي الثمن ناجزا إذ قيل لا يجوز تأخير رأس مال السلم يوما
قال ابن رشد وإنما يجوز تأخيره الثلاثة أيام إذا وقع على الثمن ناجزا وهو قول
من المدونة بدليل وإنما سقطت العهدة في العبد المصالح به على الدم لكان
دون المبيع لأن المصالح به كالهبة في صون الدماء وأيضا فإنه يقتضي المناجزة
لأنه أخذه على ترك خصومة فلا يجوز التغابن فيه وإنما سقطت العهدة
في المستهلك على الصفة دون المبيع لأن وجه البيع يقتضيه لاقتضاء التناجز
إذا كان النقد من ثمنها يفوت الغائب على ما أدركت الصفقة فإن بيع الصفقة بيع
موجز فاقطع للتشاجر وإنما سقطت العهدة في المقاطع به دون المبيع لأن المقاطع
به إن كان معينا فكأنه انتزاع وإن كان غير ذلك أشبه المسلم فيه وأيضا القطاعة
خارجة عن العقد وهنا المقصود فيها المناجزة والعقد بينه فلهذا سقطت العهدة
فيه وإنما سقطت العهدة في هبة الثواب والمصالح به عن دم العمد دون
المبيع لأن هبة الثواب كل يعنها المكارمة والمواصلة وأما دم العمد فلكونه
خارجا عن العقد وهنا المقصود فيها الثمن ناجزا والعقد بينه كما تقرر وإنما
يقبل قول الواحد في عيوب العبيد والإماء وإن كان على غير الإسلام إذا كان المعيب
ينظر إليه فيه ولا يقبل في العوان إلا قول رجلين حرين عدلين لأن ذلك علم
يختص به ويعمله فاكتفي فيه بالواحد لأن المطلوب في القيام ثبوت ومع يوجب
للمشتري الرد بالعيب والمطلوب في العوان غرامة يطلب بها البائع وإثبات
ذلك في نفسه والعدول لا يثبت إلا بشاهدين مع كون العبيد إذا كان فلما يكثر فيه أن
يستكذب المجنون أو يستعمل قبل التهمة تحرى وإذا أبان فذلك مما انفرد بعلمه النسا
فلذلك لم يقبل فيه قول الواحد

فروق كتاب الصلح

وإنما تجوز المصالحة على الغائب وتجوز على المجهول لأن المصالحة مبايعة
وفعل هنا وذلك سائغ للمجهول دون الغائب. تنبيه: من المعتبر من أجاز
المصالحة على الغائب إذا أشهد فيها بالشرك للغائب مثل أن يثبت عليه حق

فيلزم مثبته تبيين الاشتراء فيدعو للمقاسمة بمنابه فيما يشترى فيه من الشراء
والمنصوص عليه في الروايات المنع من ذلك اذ الشريك يعوض البينة في توكيله اياه
قال ابن رشد رحمه الله في نوازله من خالف ذلك من الحكام بغير راي فقد اخطأ
ومقاسمة الوصي على المحجور عليه بخلاف ذلك وانظر تفصيلها في
المترجم بتنبيه الطالب الدراك على صحة الصلح المنعقد بين ابي معروف وعياد
ولهما قال يحيى عن ابن القاسم فيمن قتل قتيلين اذا صالح اولياء القتيل الواحد
ثم قتله اولياء القتيل الآخر ان الصلح ينتقض وان صالح المبتاع الشفيع
الحاضر في حصة شركائه ثم شفع الغائب بعد قدومه ان الصلح لا ينتقض رد
الغائب لان الغائب لم يشفع حظه من صلحه وان شفع بقتله فصالحه من صالح ومن لم
يصالح والشفيع المصالح لا منفعة له في اخذ شركائه بالشفعة قاله ابن رشد
في الاجوبة ولهما اتفقوا على ان للموصي اذا صالح المدعى عليه على الانكار
ان ينقض الصلح اذا اقر له بعده واختلفوا في نقضه اذا اقام بينة ثم قامت له بينة
بينة لم يعلم بها لان المدعى عليه في الاول قد اقر على نفسه بالظلم وهو مقيم
على انكاره وايضا المدعي معذور في تركه لعدم تثبته واستكشافه ولهما
اتفقوا على ان للمدعي نقض الصلح اذا صالح على الانكار وذكر ضياع صكه له وثبت
العلم ثم وجده بعده واتفقوا على انه لا رجوع له في الصلح اذا صالح وقال له
غريمه ائت بالصك فامحه وخذ حقك فقال قد ضاع وانا اطالبك بصلحي
وجد الصك لان الغريم في الثانية معترف وانما طلبه باحضاره ليمحو كتابه
فقدره مرارا باسقاطه واستيجار حقه ولان الاول منكر للحق وقد اشهد انه انما
صالح لضياع صكه فهو كاشهاده انه انما يصالح لغيبة بينته والله اعلم
ولهما اتفقوا على ان من صالح يتعذر بينته وشرط القيام بها ان له ذلك
وقال ابن القاسم فيمن اخذ من له عليه دين بشرط انه متى اراد عدل القضاء لم
يستحلفه واصطلحا على ذلك ان هذا الصلح لا يلزم ومتى اراد عدل المدين
القضاء كان له لاشتراط الطالب لانه اشترط اسقاط اليمين خلاف ما يوجبه
الشرع فلم يوف له بشرطه لذلك تنبيه ذكروا في المذهب ان الخصمين
لو اصطلحا على اسقاط البينة او على ان المدعى عليه ان نكل عن اليمين غرم

تنبيه

للوصي

فصل

العموم غير أن يرد اليمين على المدعي أن ذلك فلا غير وقال في الإعلام المازري رحمه
الله بن هذا وشرطه قبله لأن كون النكول يوجب الغرامة من غير رد اليمين خلاف
الشرع وأجاب القاضي الإمام أبو عبد الله ابن عبد السلام رحمه الله بأن
اشتغال اليمين بعد الذي سلف من نفقها فلا يلزم بل ولا يجوز ابتداء وأهل العلم
على اشتغال البينة فهو على اشتغال سواء في بعد وجوده وأيضا فاشتغال
البينة بغير علمه فيها وفيما اشهد به دليل على خلل عند التشكيك فيها في شهادة ثما
وأهل العلم على أن المدعى عليه يغرم بالنكول من غير يمين جمع مواهب لمقتضى
الشرع على رأي الحنفية وغيرهم فلا يبعد اقتضاؤه كغيره من مسائل الخلاف
إذا وقع

فصل وكتاب الأقضية

وأنه لا يكره الخليفة من استبد من عهد له بالخلافة بعد أن عهد إليه وقبل
منه ويكره من استبد من ولاه من القضاة والعمال لأن القاضي وهنا من
العمال انما ولاه لينوب عنه في بعض الكلف والأشغال التي عليه أن يقوم بها
للمسلمين وينوب عنه في ذلك وللموكل أن يعزل وكيله ولا كذلك العهد
لرجل يكون بعده إماما للمسلمين فهذا ليس هو لم يجعل غيره ينوب عنه فيه
كما نصب فالخليفة ينوب عنه في الأحكام وانما هو حكم حكم به على المسلمين
وأحكامه عليهم نافذ قاله المازري رحمه الله وإنما اتفق العلماء
على قبول رواية المرأة عن النبي صلى الله عليه وسلم وفتواها في الحلال والحرام
وغير ذلك من النوازل والأحكام إذا كانت من أهل الاجتهاد وإن حكم
واختلفوا في عقد القضاء لها ومذهب مالك وأكثر العلماء منعها على الإطلاق ف
لأن القضاء أحد مراتب الكمال فلا تتقدم له المرأة لأجل نقصها لأنه نوع
من الإمامة الكبرى فيجب أن لا تعقد لها فيها سائر عليها وأيضا إذا قيل بأنه
لا تكون إماما في الصلاة لم تكن قاضية لأن القضاء ضرب من الإمامة ويشهد
لهذا المذهب ويؤكده الكوامن التي وقعت تشير إلى هذا المعنى مثل قوله تعالى
وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن والقاضي يكون مشتغلا مشتهرا للخلق النظر
إلى ما يريده من الأحكام والخصوم وهذه حالة تنافي ما أمر به من غض
أبصارهن وأيضا فإن القاضي يحتاج إلى مخالطة الناس على اختلاف طبقاتهم

وصيانتهم وربما وقع صوتهم وأصوات النساء ينبغي أن لا تكون كذلك وقد
قال صلى الله عليه وسلم إنما التصفيق للنساء، وأشار بهذا إلى منعهن من التكلم
في الصلاة لأجل كون صوتهن عورة عند من تأول الحديث على هذا فأحرى أن يمنع
ذلك من قضائهن بين الناس وقد قال صلى الله عليه وسلم خير صفوف النساء
آخرها إعلاما منه بما في التفريق، وهذا يقضي بما في قاعدة من المنع من مخالطتهن فلو لم
يكن في هذا إلا قوله صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة وعموم
هذا يقتضي منع المرأة القضاء كما اقتضى منعها الإمامة. تنبيه
ذهب ابن جرير الطبري ومحمد بن الحسن إلى جواز ولايتها القضاء على الإطلاق
ونقل القاضي ابن عبد السلام رحمه الله من رواية ابن زرب عن ابن القاسم
واحتجوا بولاية أم الشفاء الحسبة وهي قضاء وحكومة، قال الإمام أبو عبد
الله المازري رحمه الله وقد اعتذر بعض الناس عن هذا بأنها إنما جعل لها
تغيير ما يقع منكرا في السوق وهذا خارج عن ولاية القضاء، وإنما جعل
الفقهاء القول قول المدعى عليه ولم يجعلوا القول قول المدعي مع أن كذب
كل واحد منهما ممكن لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من الحقوق وبراءة جسده
من القصاص والحدود والتعزيرات وبراءته من الانتساب إلى شخص معين ومن
الأقوال كلها والأفعال بأسرها وكذلك الأصل عدم اشتغال ما ثبت للمرء
من الحقوق وعدم نقلها فيدخل في هذا جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان
وإنما منع سحنون ولاية المعتوق القضاء وأجاز شهادته لأن المعتوق قد يستحق
ويجب رده إلى الرق وإبطال عتقه بأمر يوجب ذلك فيفضي ذلك إلى رد أحكامه
لكونها وقعت منه وهو عبد فيؤول لبس الحال بكونه رقيقا فيجب انتقاض الحكم
بالذي يوجب إنفاذ حكمه كما لو جهلنا فسقه أو كفره ولا تنتقض هذه العلة
بقبول شهادته مع جواز أن يثبت ما يوجب رد عتقه فيكون الحكم بشهادته
باطلا لأن الإمام له مندوحة في أن لا يوليه ويولي من لم يتقدم عليه رق وليس
للإمام قبول شهادة المعتوق شهد عنده بأمر تعين عليه الشهادة به ولا يعرفه
سواه والإمام وكيل للمسلمين على من يولي عليهم ومن شروط التوكيل أن يعدل
عن وكيل لا يؤمن نقض أحكامه إلى من لا يخشى فيه نقضها والوكيل إذا

ابتداء النظر فيه كله رد فعله وانما لا يجوز التحكيم في غير الاموال من الحدود
والنكاح واللعان والقتل والنسب والولاء ويجوز في الاموال لان هذه الابواب
يتعلق بها حق لغير الخصمين المحكمين فمنها اللعان يتعلق به حق الولد في
نفي نسبه من ابيه وقد ينفيه عن ابيه هذا الرجل المحكم وليس لهما ولاية على
المحكم لينفي هذا الولد وكذلك الانساب والولاء يتعدى ذلك الى غير المحكمين
ومن يتعدى ذلك اليه لم يرض بحكم هذا الرجل المحكم وكذلك القتل والعتق وفيهما
حق الله سبحانه اذ لا يجوز ان تبقى المطلقة البائن في العصمة ولا ان يرد المعتق
الى الرق وان رضي بذلك والله سبحانه الذي استحق هذا الحق في هذا ولم يجعل
النظر في حقه هذا الى هذا الرجل الذي حكمه هذان فلذا امتنع وانما منع
اكثر العلماء الى المنع من الحكم بالعلم في الحدود واختلفوا الاختلاف المشهور
في حقوق الخلق لان الحدود تدرأ بالشبهات وهذا ايضا منتهك الحرمات وربما
تهمته ايضا ان انفذ الرؤساء وما لا يحكر بالانبه اذ اكثر غلط القاضي فيه بخلاف
الحقوق المالية وايضا فان القاضي هو القائم بالحدود فصار ذلك كحكم
الخصم لنفسه وانما منع القاضي من الحكم بما رآه وسمعه وعلم صحته بيقينه
وعلما ضروريا وجوز له الحكم بالبينة التي تكمل لها عنده الشهادة وان كانت في
الباطن فاسقة وغالبة فما قدح في ذلك لان القاضي متى شرع له الحكم بعلمه ادى
ذلك الى تلف اموال الناس اذ قد يكون بعض القضاة يظهر العدالة وهو في
الباطن فاسق فيصيب من يشاء بان يدعي على رجل مالا ويقول القاضي علمت صحة ما قال
المدعي فيتلف بهذا اموال الخلق فكان من الحكمة والمصلحة منع القضاة ان يحكموا
بعلمهم. تنبيه: مقتضى هذا الحد وقياس ما هو من التوجيه بعينه يقتضي
ان القاضي لا يقبل قوله ثبت عندي كذا الا ان يسمي البينة ويذكرها في حكمه لانه
ايضا قد يقول ثبت عندي وهو لم يثبت فاذا احال على البينة امن من اتلاف اموال
الناس وقد ذكر ابن القصار هذا وقال ان ذلك لا يقبل منه بغير البينة وقاله
في القاسم الجلاب وانما يعتمد القاضي على علمه في عدالة الشهود وجرحه
بالتعاون ولا يحكم بعلمه في ذلك على اشتهار الاسباب لان كون الشاهد عدلا او
مجرحا مما يطلع عليه غير القاضي كما اطلع عليه القاضي ولا يكاد يخفى

ص

للقاضي

من غيره وما يعلمه القاضي من اقرار رجل عنده وقد ينفرد به القاضي وان
يشاركه غيره في علمه فلاجل هذا الانفراد منع من الحكم بعلمه في ما ذا
واجيز في التعديل والتجريح لاطلاع غيره عليه وتبعد التهمة فيه وايضا
لو منع القاضي من الحكم في العدالة والجرح بعلمه لادى الى وقوف الاحكام
لما يلزم من التسلسل وذلك ان القاضي اذا شهد عنده عدلان يعرف
عدالتهما لو منعناه من ان يحكم بعدالتهما وكلفناه ان يسمع تعديلهما من غيره
له فتقرر ذلك او يقتصر على من عدلهما اذا علم عدالته ايضا فان سوغناه له
ذلك في الطبقة الثانية سوغناه في الاولى وان لم نسوغ له ذلك في المعدلين
كلفهم تعديلهم والمعدلين لهم بطلب الى غير نهاية فكذا الى ما ينتهي هنا وقد لا
ينتهي ما لا ينتهي وهذا كما يقوله المتكلمون من امتناع الدور في استحالة حوادث
لا اول لها واذا اوجب قبول من علمه القاضي عدلا وان لم يعدله يقتضيه
منع ذلك من التسلسل وجب ان يحكم بعلمه ايضا في التجريح اذا علم الشاهد
مستترا وان لم يقتض التسلسل لكون الحكم تعلق وحصل على ان التعديل والتجريح في هذا
الحكم سواء وانما ينقض حكم الحاكم اذا انتبه ان الشاهد عبد او ولد ينقض اذا تبين
انه فاسق لان العدل والجرح امر يعتمد القاضي فيهما على الظن والاجتهاد في
غالب الامر فلا يامن من ان يكون الثاني غلطا ايضا بخلاف العبد فانه مقطوع
بكونه عبدا فلهذا اتفق المذهب على ان ينقض الحكم به وهو كذلك بخلاف الاجنبية
تنبيه وكذلك قرابة الشاهد وعداوته وكونه مولى عليه بعد الحكم كالفسق
رقه لا كالفسق وسفهه والله تعالى اعلم وانما قال اصبغ ينقض حكم القاضي
لوالده وولده وزوجته ولا تنقض شهادة الشاهد لهم لان الشاهد يحكم عما ينفرد بعلمه
والقاضي يحكم عما يشهد به غيره لانه لا يتوصل الى القضاء الا بشهادة بينة
فيميل عليها وهذا بخلاف حكم القاضي بعلمه بان احدا ممن اقر عنده بكذا لا ومن هذا
ما ينفرد به ايضا كالشهادة تنبيه وما يذكر في هذا السلك بقول المتيطي
لم لا تجوز شهادته لزوجته واقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم لان المتيطي اذا
اجاز القاضي الذي يعدل عليه على رواية كذا ابن الماجشون واستحسنه كان ذلك مثل
اجازة القاضي على بينة تشهد في حكمه اذا احكم لاقاربه وما ذكر بالجملة ينبغي للمفتي

المسروق من هذا متى قدر عليه قال الامام ابا زير رحمه الله تعالى ورضي عنه
ونفعنا بعلمه وعمله وقد نزل مثل هذا في خصام لزوجته في موارثها وسالني
القاضي وانا متقدم في الفتوى فامتنعت ولا اذكر ذكرنا في هذا ما قاله من تقدم الا بعد
واشار اليه من ان الفتوى لا تجري مجرى الشهادة وقد قال سحنون ان القاضي في
يستفتي عالما في مسئلة شهد عنده فيها هذا العالم واشار بهذا الى نفوذ
النظر في الفتوى كما تنفذ في الشهادات واعتكوفه لانه قد يشهد هذا العالم
انه اراد اداء شهادته وحقيقتها بفتواه فيها بمقتضى اعتقاده قلت من
هذا النمط فتوى مالك رحمه الله في استفتاء ولد ابن ابراهيم ابن محمد تعنيتهما وعرضه
قال عياض وحكم فيها بقوله وقد ايضا ما ذكره ابو حفص العطار رحمه الله
في مسئلة عبد الواحد مع امراة تزوجها ثم ادعى عليه فافتى بانه لا يحلف منى
غمض ما يحلف عليه فاخذ بقوله وحكم به وعليه استمر العمل ببلاد افريقية
الى الآن ولما تقارب فتوى الامام وعبد الواحد تنكر لان المسئلة وقعت ثم لا فا
نقول فتواهما ليست بقادح عليهما وانما هي متعدية لغير ما الذي قام السامعة
وقد ذكروا ان العبد اذا روى حديثا يوجب عتق نفسه انه يقبل ركه يفرح به ونذكر
سنا همة اعتذار القاضي ابي عبد السلام من الحكم في نازلة حكم فيها القاضي ابو اسحاق
ابن عبد الرفيع على الفقيه ابي عبد الله بن الحباب بان شهادته تقدح في حكم القاضي
ابن عبد الرفيع فصرف الحكم من الفقيه ابي عبد الله بن الحباب وختم يديه الى
الى القاضي الا تكون ج الشيخ ابي محمد الاجمي وانما الايصال القاضي تنفيذ
الحد للعدالة والبكارة دعواه على المشهور والمعمول به في العتق والطلاق والنسب
ويجيز تقصيرهم في غير ما لا يمتنع الحقوق الثلاثة فقد تعلم بها هو لغير الكالب
العاجز عن تصحيحها فالعتق فيه حق الله سبحانه وحق في الولاء للعصبة وكذلك
الطلاق فيه حق لله سبحانه ومن حلف بالبتات ثم رجع يا شفاعة فلا يثبت فيه حق
لله سبحانه فلا يلتفت الى رضاه بذلك وكذلك النسب قد ينشر فيه الحق
لغير مثبته وانه لا يقضي على الميت والصبي والغائب والمجنون في الديون
الا بعد استحلاف الطالبين لتغلا عنهم لا ان ثبت يستحيل منه ان يدعي
قضاء الدين وكذلك الصبي والمجنون والغائب فلا دام الصبي على الطفولية

والمجنون في حال جنونه. تنبيه: قال ابن حارث كان عبد الله بن طالب يبدأ في
بعض القضايا ويقول إنه لا يعرف موضع يمين القضاء، ولا يقصد موضعها وهي
واجبة على من يقوم على الميت أو على الغائب أو على اليتيم أو على الأحباس أو على
المساكين أو على كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق
شيئا من الحيوان والعروض ولا يتم الحكم إلا بها قاله في التوضيح. وهذا يقتضي أن كل
بينة شهدت بحق فإنه يستلزم يمين الطالب على ظاهر الأمر قال ابن الحاجب
وقد تسقط يمين القضاء في بعض الصور وذلك إذا أوصى الرجل بقضاء دينه من
ثلثه فلا يمين على صاحب الدين وذلك بمنزلة الوصايا. ويمين القضاء منصوص
على وجوبها لعدم الدعوى على الخصم بما يوجبها ابن عات إن أهل العلم رأوا ذلك
على سبيل الاستحسان نظرا للميت والغائب وحياطة عليه وجعلها هؤلاء للشك
في بقاء الدين عليه. وإنما لا يحكم على الغائب في الرباع على أحد القولين عنده
ويحكم عليه فيما سواها لأن شرعة الحكم عليه في العقار يقوم بالغائب إذ
به قوامه وإليه معاده. وأيضا الرباع لا تشار ولا تغيب ولا يزال بها فيخشى
تلفها على مستحقها وكان العلة الموجبة للقضاء على الغائب ارتفعت في الرباع
فلم يمض الحكم فيها مع الغيبة لا سيما وأبو حنيفة يرى أن من شهدت عليه البينة
وهو حاضر فهرب فإنه لا يحكم عليه وهو يؤدي إلى تلف الحقوق. قال سحنون يقضى على
ذي دينا أبدا ابن رشد وقال الرباع من غيرها هذا. تنبيه: عدم الحكم على الغائب في
الرباع مقيد إذا لم تطل غيبته ويضر ذلك بخصمه قاله في الجلاب. وإنما
يمكن الغائب من التجريح بالعشور في الوكالة إذا حكم بها وهو غائب ولا يمكن فيما
سوى ذلك على أحد القولين لأن الوكيل يحكم له بالوكالة من غير ضرب أجل والحكم
على الغائب بعد ضرب الأجل فيها من أجل استقصاء وضرب الأجل كما يفعل في الحاضر
وإنما قال مالك في الغلام إذا نسي القضية وشهد عنده عدلان أنه كان
حكم بها فإنه يحكم بما شهد به الشاهدان على صحة ما يحكم بذلك ولو كان ذاكرا
للقضية وكذا إذا شهد عنده عدول بأن فلانا غير عدل علما فهي بقضية
فلا يجب عليه تغييرها إذ الحكم إليه فيها. وإذا شهد عدلان على رجل بأنه
شهد بكذا وكذا ولم يذكر هو في نفسه أنه شهد بذلك ولا عنده علم منه فإنه

لا يحل له ان يشهد بذلك لان الشاهد من تعين ان يقول فيما يشهد به بأن يشهد على القطع
واليقين لا على الظن فكان ذلك نظير ما لو شهدنا انا علمنا والقاضي بالعكس من ذلك
لا يجوز له ان يحكم بعلمه ويجب عليه ان يحكم بالظن الحاصل له عن شهادة عدلين فيصير
لا يقال الاولى ان تشهد بالقطع ذكر فيه اليقين على الظن فلا يرجع فيه الى الظن لانه نزل
ان الشهادة بالنسب والموت والحل على ابيه الى امثال ذلك يكتفى فيها بشهادة السماع
لما تعذرت المشاهدة والعلم للضرورة من جهة العسر والكلفة والمشقة وعقود البياعات ن
الى امثال ذلك لا تقبل فيها شهادة السماع لما كان اليقين فيها والمشاهدة من الغالب
وهو يقتضي ان يصرح بالشهادة عند القاضي بانه قضى بقضيته ومن الشهادة عند
بان غيره قضى بها بحق وما يفعله غيره من القضاة لا يشاهد غالبا وانما يتوصل اليه
بالنقل والحال نفسه لا يكتفي فيها الا بنقل غيره فيمشي قياس الشهادة عليه على
الشهادة بذلك على غيره وقد صار الى ذلك الامامان العظيمان ابو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ورضي عنهما الا انا نقول الحاكم اذا تكاثرت احكامه وتقادم عهده
لا يذكر جملة جميعها فيدعوا الضرورة الى الرجوع فيها الى الخط فيستثنوا حكمه في
الشهادة بذلك على القاضي نفسه او على القاضي غيره وقد جاز الاكثر من الشاهد من بعد
حكمه ولا يذكر الشهادة وفيها من الخلاف ما هو مبسوط في محله من الدواوين وانما نبهنا
الى الضرورة تدعوا الى القضاء بامثال هذه الشهادة لكون من تتبع شهادته لا يمكن
ان يحفظ جميعها غالبا وانما لا ينعزل القاضي بموت من ولاه وينعزل الوكيل لان
القاضي انما ولي للمسلمين والمسلمون باقون بخلاف الوكيل والوكالة ومن هنا انتبه بان
من قدم لتعليمه فذهاب تنبيه ذكر الكثير هو شيخنا رحمه الله ولا ينعزل فقيه القاضي
على يتيم بموته ومن له الى العلماء اختلف فيها فقهاؤنا ولذلك استحسنوا ذكر
اسماء الثلاثة في تقديمه فيما يتعقد من تقديم في اليتيم له وقد وجد ذلك في قديم الوثائق
وان كان القول بعدم توقفه على اسماء الثلاثة هو الصواب وانما لا يخلع الامام
الذي عقد له ان احدث فسقه بالولاية وبعض العلماء اذا احاطهم حب الدنيا سفه وشره
الطمع في الحكام والحال على ارضاء من ولاهم او بعضهم على حفظ دنياهم فحكموا بالباطل كل
او جعلوا ما يسقط عدالتهم فانه يجب زوالهم ودفع ضررهم عن المسلمين اذا وجد عوض
منهم من يقوم فيهم لان الخليفة لو خلع بحدوث فسقه لاداه خلعه الى سفك الدماء وكثيره

المحرم وتلف الاموال لما يجري من المشاقة عند تولي القضاء وخلع الامام بخلاف
الفضلاء. تنبيه: اختلف في القاضي هل ينعزل بنفس الفسق او حتى يعزله الامام
قال الامام ابو عبد الله المازري رحمه الله ظاهر المذهب على قولين اشار ابن
القصار الى ان القاضي لا تنعقد ولايته مع كونه فاسقا وان طرأ الفسق عليه بعد
ولايته انفسخت بنفس الفسق. وذكر اصبغ ان القاضي اذا كان فاسقا في احواله جائر احكامه
ينقض منها ما كان صوابا وان كانت شهادته لا تجوز وكانه جنح الى اعتبار المصلحة
فان عامة المسلمين كالمجبورين على الانقياد الى ما يحكم القاضي به لهم وعليهم ولم
يكن عزله الا ان يقضي بينهم غيره فلو قلنا ان ما كان ظاهر الصواب في احكامه ينقض
اذا لم يكن عدلا لعم الناس من الضرر الشديد مثل ان تنتقض احكامهم وما قضى به بينهم
لهم وعليهم في املاكهم وحريمهم يوجب حسم مادة هذا بالنفاذ فيما كان ظاهره الصواب
لان الباطن في الاحكام لا يعلم حقيقته الا الله تعالى. وانما منع ابن شعبان وغيره [اذا]
ولاية قاضيين على ان لا ينفذ حكم احدهما دون الاخر بل لا ينفذ الا ما اجتمعا عليه واجازوا
حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي الشقاق بين الزوجين لان الحكمين ان اختلفا انتقل الى غيرهما
فلا مضرة في اختلافهما وفي القاضيين في الولاية تدفع الشغل عنهما بعد انعقادها
ونفاذها ويؤدي اختلافهما الى وقف الاحكام والغالب اختلاف القاضيين. تنبيه:
ذكر القاضي ابو الوليد الباجي رحمه الله انه قد ولي في بعض بلاد الاندلس ثلاثة
قضاة على الصفة ولم ينكر ذلك من كان في البلد من فقهائه قال وعدم وقوعه من
زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا يدل على منعه. قال الامام ابو عبد الله
المازري رحمه الله وعندي انه لا يقوم دليل على المنع اذا اقتضت ذلك المصلحة
وقد دعت اليه الضرورة في نازلة ورأى الامام انه لا يرفع التهمة والريبة الا بقضاء
رجلين فيها وان اختلفا نظر من ولي ذلك ولينتظر بغيرهما وانما يجب على القاضي
ان احكم بامر نفسه ويشهد به شاهدان انه حكم به فاختلاف وجحده اذا شهد على
قضاء غيره فلا تعارف لان احكام غيره لا يتوصل الى معرفتها الا بالنقل فيكتفى فيها بالكفي
خلاف احكامه فانه يعلمها من جهة نفسه فلا يرجع فيها الى الكفي. تنبيه: قد يقع
على هذا الجاري بالقضاء كثرة احكامه فينسى فتدعو الضرورة الى الرجوع فيها
الى الشهود وانما لم يوجبوا عليه الرجوع مثل ان يقع العدليين في اخر القول مع نسيانه

كذا بأصل طرابلس

بحكمه واوجبوا عليه الرجوع بانتقاله الى قول العدلين في الصلاة اذا اخبراه بعدم
اتمام الصلاة لان الامام في الصلاة عماد في الرفقة والرفقة اذا اخبرت بغير فلا تبرا
ابه بغير ويؤيد ان الشك في النقصان كتيقنه ولا كذلك الحكم لان الاصل عدمه
فاعمل استصحابه اعمال في الباطن والله اعلم وانما يرجع القاضي الى قول
العدلين باختلاف اذا اخبراه انه قد حكم وهو منكر للحكم فلا يقطع بعدمه ولا يرجع
الامام الى قولهما في الصلاة اذا كان على خلاف علمه في مسالة الحكم على خلاف علمهما
وتعلق بشهادتهما حق للمحكوم عليه فيرجح اعمال شهادتهما على القول بعدمه لذلك وليس
كذلك في الصلاة فانا لو اوجبنا على الامام الرجوع الى قول العدلين لادى ذلك الى اهمال
علمه واعمال علمهما مع تساوي افرادهما وذلك ترجيح من غير مرجح وهو محال لا سبيل اليه
وانما للقاضي العدل العالم ان يحكم لنفسه ويعاقب من تناوله بالقول وان اداه
بان ينسب اليه الظلم والمواجهة بحضرة اهل مجلسه ولا يحكم لنفسه فيما شهد به انه اذاه
وهو غائب لان مواجهته من قبيل الاقرار وله الحكم بالاقرار على من اشهد فله واذا
كان له الحكم بالاقرار فيما له كما يحكم به لغيره كان الحرز ان يحكم بالاقرار في عرضه
كما يحكم به في عرض غيره لما في ذلك من الحمولة لان الاجتراء على الحكام بمثل هذا توهين
لهم والمعاقبة اولى من التجافي تنبيه رحمه الله تعالى في تمام خيم الصلاة فيمن
سماع ابن القاسم دليل هذا الحكم واصله قطع ابي بكر الصديق رضي الله عنه يد الاقطع
الذي سرق عقد زوجته اسماء لما اعترف بسرقته مذهب الرواية الصحيحة وانما تخرج
المواجهة على قبول كتب القضاة واعماله سواء وصل قبل موت الكاتب او عزله او وصل
المكتوب اليه او عزل قبل وصول الكتاب اليه او لا اذا كان القاضي الكاتب المنهي قد
اشهد على كتابه واما ان لم يشهد على كتابه وانما اجتزأ بالخط كما فعله القضاة الان في
المغرب الاوسط والاقصى فانه لا يصح قبوله ولا العمل به الا ان يصل والقاضي الكاتب على
حاله ولاية فان مات او عزل قبل وصول كتابه لم يصح للقاضي المنهي اليه العمل به لوجود او
حال الاول الكتاب المشهود عليه كالاشهاد على حكم مضى فيجب انفاذه بخلاف الخط فلا
على قرائنه اذا ثبت ان يطلع مقام قول القاضي بنفسه ثبت عنده كذا لان ذلك هو دليل
الكتاب وهذا انما يقبل منه ما دام واليا فاذا عزل لم يقبل منه على حال الا ان يكون على
ذلك اشهاد في حال الولاية فيجوز عمله بالشهادة ويؤيده قول المدونة وان قال القاضي

المعزول فلا يجوز لمن شهدت به البينة عنده اذا قال حكمت بكذا لم يقبل ذلك منه وكذلك
كتاب القاضي المعزول فتنبيه قال الشيخ ابو عبد الله بن الحاج رحمه الله في
تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام وغلط في هذا النوع البيوع جماعة من الطلبة وجرى
بسببه وبينهم نزاع كثير لانهم حملوا اقاويل ذلك وبعضهم في قبول كتب القضاة فلا تعولوا
او عولوا على المخالفة ونحو من ذلك في مثل ما عمدوه ووقع الشنآن ممن فيه من ترك اشتغال
القضاة على كتبهم والاجتزاء بمعرفة الخط ه قال ابن عرفة رحمه الله ونزلت هذه
المسألة في عام خمسين وسبعمائة من هذا القرن كذا وقت نزول الطاعون ايام امير
المؤمنين ابي الحسن المريني في خطاب ورد من مدينة فاس لتونس فقبل خطاب قاضي فاس
وقد تقرر علم موته بتونس فكرح خطابه فشكى من عمل به الى امير المؤمنين فسال اصحابه
ومعينه شيخنا ابا عبد الله السطي وكان حاضرا فافتى باعمال خطابه واحتج بنحو
ما ذكر ابن الحاج مما زعمه فوقف اصحابنا على كلام ابن الحاج هذا لرجع اليه
ولكن انه لم يكن له بها شعور قلت وقد جهل هذا الاصل بل هذا الفصل جميع من لقيته
من اعيان الطلبة والقضاة فاجازوه وهو غلط فاحش وخروج عن القواعد واسلوب
المذهب والمقلدين والله اعلم وبه التوفيق للدين سواه وانما يقبل من الحاكم ما يأتي
به بعد العجز ولا يقبل منه ما يأتي به بعد التعجيز لان التعجيز رد من قوله قبل نفوذ الحكم
عليه ولا كذلك العجز وانما قالوا اذا نسي الحاكم قضية فقضى بها يشهد عنده
بذلك شاهدان انه يجب عليه امضاؤها واذا شهد شهود الفرع ونسي الشهادة شهود
الاصل لم تقبل شهادتهم وفي كلا الموضعين هو نقل عن غيره لان الشهادة على الحكم
شهادة على الحاكم وليست نقل شهادة وشهادة الفرع انما يثبت حكمها بثبوت
شهادة الاصل لانها نقل والنقل يقتضي الحجة المنقول عنه فاذا نسي شاهد الاصل
الشهادة لم تقبل شهادة الفرع وانما قالوا في القاضي يقول بعد عزله انه حكم
لزيد على عمرو في كذا وكذا لا يقبل قوله وقالوا في المأذون له في التجارة يقبل قوله في
كل دين اقر به بعد الحجر يقول القاضي يلزم ان يكون كذلك لان الاصل واحد لان المأذون
له في التجارة لا تهمة عليه فيما اقر به لان ذلك يتعلق بذمته والقاضي لا يتعلق مما
اقر به في ذمته شيء وانما ذلك حكم بين غيره ولا يجوز ذلك الا على عزله فلذا لم
اعترفا وانما قال مالك اذا اتفقا بان حكما بينهما رجلا يلزمهما ما حكم به عليهما

وقد

ولم يكن لأحد منهما الرجوع عنه وإذا ارتفعا بشهادة شاهدين لم يلزمهما ذلك وكان
للمشهود عليه الرجوع مع أن التحكيم موجود في الجميع لأن إمضاء الشهادة إنما هو
استرعاء لما يعلمانه فإذا ادعيا خلاف ذلك كان لهما أو لمن أراد عدالة منهما الرجوع لأن له
أن يقول لم يكن بما أعلم وليس كذلك التحكيم لأنه استرعاء لما لا يعلمانه فلم يكن فيه
رجوع لأنه لا يخلو أن يكون فيه تكذيب من المحكوم عليه وإنما قال مالك لا يجبر على
مستحق شيء من الربع والعقار ولا يتم تسليم شيء من العروض والحيوان إلا بعد يمينه
أنه ما باع ولا وهب لأن الربع والعقار مما جرت العادة بكتب الوثائق فيهما عند انتقال
الملك عليهما والإعلان بالشهادة فيهما فإذا لم يكن عند المدعى عليه شيء من العقود
والكتاب ووافقها البينة للطالب قويت حجته واكتفي بالبينة عن إحلافه بخلاف
سائر المنقولات التي يخفى وجه انتقالها ويقل حرص الناس على المشاحة في كتب
الوثائق فيها فتوجهت اليمين لذلك. تنبيه: قال بعض المتأخرين ومنزلة المستحق
من يد غير غاصب وأما إن استحق من يد غاصب فلا يمين على مستحقه إذا أثبت ملكه

فروق كتاب الشهادات والدعاوى

وإنما قال مالك بقبول شهادة الابن على أبيه بطلاق أمه إذا كانت منكرة للطلاق
ولا تقبل إذا كانت مدعية له لأن الأم إذا كانت منكرة للطلاق فإنما يشهد على أن يخرجاها
بشهادتهما من سلطان أبيهما وإنما تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل
والجراح ولا تقبل في الأموال لأن الله عز وجل قال وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ولما كان
بنا حاجة إلى تعليم الصبيان وتدريبهم على الحروب لم يكن بد من حفظ جراحهم ودمائهم التي تقع
بينهم ولم يكن حفظها إلا بشهادتهم لأنهم يبعدون عن مواضع الرجال ولا يكادون يشتركون
بهم فكانت بنا ضرورة إلى حفظ ذلك عليهم كما كانت بنا ضرورة إلى حفظ الدماء والاحتياط
عليها فأجيزت الشهادة فيها ولم تجز في الأموال لأن الغالب فيها مواضع لا يحضرها الناس
وكذلك جازت شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والاستهلال
وكذلك شهادة الصبيان فيما لا يحضره الرجال. تنبيه: فإن قيل فأجز شهادة الفساق
والشراب إذا تجارحوا وتقاتلوا لأن العدول لا يحضرون ذلك قيل له ليس بنا حاجة
إلى حفظ دمائهم وجراحهم بل قد نهوا أن يجتمعوا ويفعلوا مثل ذلك فلم يجز أن يجروا مجرى
الصبيان الذين قد أمرنا بتعليمهم وجمعهم كما ذكرناه وإنما قال أشهب بقبولها في

الجراح دون القتل لان القتل اعظم من الجراح بدليل ان القصاص فيه دون الجراح
وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على اضعف الامرين وانما لا تجوز
شهادة النساء بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال مثل الحمام
والعرس والماتم وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما لا يحضره الكبار لان
قبول شهادة الصبيان فيما ذكر على خلاف الاصل فلا يصح القياس عليه في
شهادة النساء وانما اختصت الشهادة في الزنا باربعة شهداء وفي غيره
مما ليس بمال ولا ءايل اليه بشاهدين لان القاذف لا مخرج له من حد القذف فغلظ
عليه بذلك بزيادة عدد الشهود ليتعذر عليه غالبا فيكون ردعا له
من معاودة القذف وزجرا للمقتدي على المقذوف وايضا فالانسان مامور بالستر
على نفسه وعلى غيره فلما لم يجب على الشهود بالزنى القيام بشهادتهم فقاموا
بذلك من غير ان يجب عليهم وتركوا ما امروا به من الستر غلظ عليهم في ذلك سترا
من الله على عباده وايضا الزنى بمنزلة فعلين لان الزنى منه ومنها فمنه
الفعل ومنها التمكين فاحتاج كل فعل الى شاهدين وفي هذا نظر لانه يلزم مثله في
كل ما يكون من اثنين واحسنها الثالث والله اعلم وانما قال ابن القاسم اذا لم
يعرف الشهود بالعدالة فهم على الجرحة حتى تثبت العدالة والرواة الذين يعرفون بالعدالة فهم
على غيرها حتى يذكروا لان اغلب الناس من الجرحة من الجرح والهوى والغالب ايضا الجرحة
ولا كذلك العدالة لكثرة ما احدث الناس من الفساد وانما قال فيمن سمع
شاهدين يخبران ان رجلا بعينه اقر عندهما بحق لغيره واشهدهما على نفسه بذلك لا يجوز
لهما ان يشهدا على شهادة الشاهدين المخبرين الا ان يكونا اشهداهما على شهادتهما
بخلاف الاقرار بالحقوق فانهما يشهدان بما سمعاه من ذلك لان الشاهدين لو سمعاهما
يذكران ذلك فيحتمل ان يكون ذلك الرجل قد قضى ما عليه واشهدهما ايضا بالدفع او
اشهد غيرهما او قد ابراه مما كان له عليه فلما احتمل ذلك لم يشهدا الا ان يشهداهما
على انفسهما بان يقولا لهما اشهدا علينا ان فلانا اقر عندنا لفلان بكذا واما الاقرار
بالحقوق فانهما اذا سمعا رجلا يقر بحق من الحقوق واستوفيا اقراره بكونه يقول لفلان
قبلي كذا وقد قبضت منه كذا وبقي علي منه كذا فيشهدان بما نقلا في ذلك وفيه خلاف
وايضا الحق بحق الغير لا يجوز له الرجوع عنه والشاهد لا يجوز له الرجوع

عن شهادته فلذلك افترقا. وإنما لم يجز للشاهد أن ينقل عن الشاهد ويشهد على
شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي وجاز له أن يشهد على حكم الحاكم وإن لم يشهده
إذا علم بذلك لأن الحاكم لما كان لا يشهد على حكمه وجب أن يشهد بذلك غيره والشاهد
لما كان يشهد به لم يشهد غيره على تلك الشهادة لأنها يقوم بها من يشهد بها. وإنما
قال عبد الملك بن الماجشون لا شيء على الشهود إذا غلطوا وعليهم الغرم إذا أكذبوا
واعترفوا بالزور والغالط لا يلزمه شيء. وإنما قال ابن القاسم وابن الماجشون وابن
حبيب لا يقبل في حكم القاضي أنه حكم لفلان بكذا إلا شاهدان ولا يقبل شاهد ويمين وإن كان
المحكوم فيه مالا وقال ابن القاسم في القاضي امرأتان شاهدتان أحدا على النكاح بعد
الموت فإنما تقبل وترث والجامع بينهما أن كل واحد منهما شهادة على ما ليس بمال وهو
آيل إلى المال لأن إثبات المال بنكول المطلوب مع يمين المدعي اشتغال المطلوب
على رد شهادة الشاهد بالحكم فإن ذلك لزومه الغرم بلا تعيين وكذلك النكاح فإن
المقصود فيه ذا عيبة إلى القبول قاله في التوضيح. وإنما ضمنوا الشاهد ما
أتلف بشهادته مع أنه متسبب ولم يضمنوا القاضي مع أنه مباشر لأن المصلحة العامة
اقتضت عدم تضمين الحكام فلا يضمنوا فيه لأن الحكام لو تكرر الضمان عليهم مع كثرة الحكومات
وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم
الحكام وكان الشاهد بالضمان أولى لأنه لا مدخل للحاكم في الإلزام والتعيين وكما قيل
الحاكم أسير الشاهد. وإنما قالوا إذا نسي شهود الأصل الشهادة بطلت شهادة
الفرع وقالوا في المخبر إذا نسي الخبر أنه يروى عنه فالنسيان لا والراوي ليس بفرع للمروي
عنه فلم يتوقف في ذلك إلى ثبوته وشهادة الفرع لا تثبت إلا بثبوت شهادة الأصل
لأنها فرع عنها وأيضا المخبر لما جاز له أن يخبر بالخبر بحضرة المروي عنه جاز
للناقل عنه أن يخبر بذلك وإن كان قد نسيه المخبر ولما لم يكن لشاهد الفرع أن يشهد
مع حضور شاهد الأصل لم يجز له أن يشهد بما نقل عنه في حال نسيان الأصل فلذلك
افترقا. وإنما قالوا إذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده فردت شهادتهما
لا يجوز لواحد منهما أن يملك العبد بل يكمل عتقه عليه وإذا أعتق المفلس عبدا ثم
رد الغرماء عتقه فإنه إن اشتراه بعد لم يلزمه فيه عتق مع أن العتق في الجميع لم يمض
لأن عتق المفلس قد بطل ببيع السلطان وبعد حكمه لم يلزمه عتق وإعادة البينة لا

ذلك العقد فقد يكمل بخلاف الشهود فإن العقد المشهود به لم يكمل عندهم لأنهم يعتقدون
أن ذلك فيه ما هو حرام أو منكر لا يجوز ويعتقدون أن الحاكم غلط عليهم في ذلك وفي المسألة
خلاف وإنما قالوا إنه إذا قال أحد الخصمين رضيت بما يشهد به علي فلان أو فلان فما شهدا به فهو
الحق كان له أن يرجع عن ذلك بعد شهادتهما ولا يلزمه ما شهدا به وإذا قال رضيت
بيمينك لم يكن له أن يرجع عن ذلك وقد لزمه الحق من حلف خصمه وفي كلا الحالين هو
رضي بما يكون من جهة الغير لأن للأول أن يقول إنما رضيت بشهادتهما لأني ظننت أنهما لا
يشهدان إلا بالحق وأما الآن فلما كمل فلا أرضى به لتهمتهما بهذا التهمة وليس كذلك في اليمين
لأنه لا يدعي مثل هذا المعنى فيها وإلى اليمين إن كانت في جهة المدعى عليه فقال احلف المدعي
احلف فإن ذلك نكول منه عن اليمين فلم يكن له الرجوع عن ذلك لأن نكوله ثبتت اليمين
في جهة خصمه وإن كانت اليمين في جهة المدعي فقال للمدعى عليه احلف فقد نكل عن
اليمين فيكون كما قلنا في الذي قبله وليس مثاله بالشهادة بنكول منه عن شيء وجب
عليه فافترقا وإنما قالوا إذا قيل للرجل أترضى بشهادة فلان فرضي فلما شهد
عليه سخط أن ذلك ينفعه رجوعه وأن حكما رجلا يحكم ثم سخط لم يقبل قوله لأن الحكم
اجتهاد لا يصل إلى القطع فيه إلا به بخلاف الذي رضي بشهادة رجل فيرجع عن رضاه
بعد الشهادة لأنه يدعي كذبه ويقطع بخلاف ما شهد به وكأنه يقول ظننت أنه
يشهد بالحق والآن شهد بغيره وإنما يقضى بالعدل مع اليمين في البيع ولا يقضى به في
النكاح لأن زيادة العدالة تنزل منزلة شاهد واحد والشاهد الواحد لا يقضى به
مع اليمين في النكاح بخلاف البيع وإنما قال في المدونة إذا شهد شاهد على
معاينة الغصب والآخر على إقرار الغاصب أنه غصبه تمت الشهادة وإذا شهد شاهد
على قتل خطأ وشهد آخر على إقراره بقتل الخطأ لا تلفق الشهادة مع أن الجميع دال على
الحق في الخطأ فقد شاهد على غيره فلذلك لم تلفق فيه الشهادة وكان هذا الشاهد على
الإقرار نقل بعض الشهادة ولا كذلك في الغصب وفي معناه قتل العمد فلذلك افترقا
والله أعلم وإنما اختلف القول في التحليف مع شاهدين شهدا على خط المقر ولم
يقل أحد من فقهاء الأمصار سوى ابن أبي ليلى بالتحليف مع شاهدين عدلين شهدا في
الحقوق اللازمة في مسائل شتى لأن خط المقر فيه مقام شاهد والشاهدان على خطه لم يشهدا
على لفظه وإنما شهدا بما يدل على لفظه فصار خطه كشاهد قام عليه فيحلف معه

الشهادة شاهدان فلا بد من اليمين لأجل المنقول عنه الذي هو كشاهد واحد وهو
حكمه (تنبيه) قال الإمام أبو عبد الله الحفار رحمه الله ولأجل هذا التعليل
ذكروا الخلاف في قبول شاهد واحد على هذا الحكم لأنا إذا جعلنا حكم
الحاكم على نفسه فلا يقام شاهد يشهد على حكمه فإنه لا يقبل نقل شاهد واحد
عن شاهد واحد وإن قلنا إن حكمه كالحكم فشاهد واحد مع اليمين معه يقضي به
عليه (وأما) قال مالك إذا اشهد بالملك واحد لم يقض للمدعي على شاهد
له به حتى يحلف مع شهادته ولا يقدم في اليمين على شهادته فإنه من والله
أن يمضي إلى ذلك ما باع ولا وهب وإذا انفرد الشاهد الواحد بالغصب فإنه
يحلف المدعي فإنه ما فوت في شهادته ولا يلزمه أن يمضي إلى ذلك أنه ما باع ولا
وهب لأن الشاهد إنما شهد بالحوز وكون الشيء المغصوب بيد المدعي فأخذه الغريم
عليه من يده بغير اختياره وهذا لا يتضمن الشهادة بالملك لأن رؤيته بيده مدة
في يده زمنا قليلا لا يدل على أنه مالكه وإنما يدل على أنه مالكه طول السنين
الكثيرة ولم يدع منازع في هذا الزمان الحائز ولا نوزع في ذلك وشاهد من قدم به
فيه تصرف المالك ويشهد دعواه أنه لنفسه وملك له ولا أعرف ذلك (وإنما)
كان زيادة في قوله في الاستحقاق ولا يعلمونه باع ولا وهب ولا فوت شيئا شرطا كما في
وثيقة المعي وشرطه صحة في وثيقة الحيازة لا حلف الورثة على العلم في وثيقة الميت
وحلف الحي على البت والقطع فلذلك افترقا (وأما) قالوا في الشاهد إذا عرف
حكمه ولم يذكر الشهادة أنه إن كانت في كاغد لم يشهد وإن كانت في رق شهد لأن
الرق مما يعرف بعينه بعد الغيبة عليه ولا كذلك الكاغد غالبا (وأما)
قال ابن رشد إذا كانت في كاغد البرق يجوز له أن يشهد وإن لم يذكر الموكد وإن كانت
في كاغد لم يجز لأن البشرية يكفيها الرواغ منه في كفنه (وأما) قال سحنون إن
كان هذا هو الذي كتب الكتاب وكتب شهادته جاز وإن كان كتب شهادته فقط
فلا يجوز له أن يشهد حتى يذكر الكل والوثيقة لتمكن من نفي الشكوك في كون شهادته
بخطه فقط بخلاف كون الشهادة وفقط بخطه لأن ما كان الكتاب خط غيره في
القليل يحتمل له ولا يحتمل في الكثير قال ابن عرفة رحمه الله والعلم بذلك
لا ضروري وأيضا إذا لم تكن الوثيقة كلها بخطه فقد يحتمل بالحال على شهادة

الشاهد بكونه غير ما شهد به قال ابن عرفة رحمه الله واخبرنا شيخنا ابو عبد الله
ابن سلمة رحمه الله في هذا المعنى عن بعض قضاة عدول تونس وهو ابو عبد
الله بن النعمان كانت له رابة بعقد الوثيقة وكتبها اتاه طالب بوثيقة فقال
له قال على امرئ انكره واذكر الشهادة عليه به فطلب منه رفع شهادته
في الوثيقة فنظر هل يحفظوا فيها شهادته بخطه ولم يتذكر موضعها وانه شهد على
ذلك الرجل وكان ممن لا يجهل فلم يتذكر ذلك وعرفني انه حين يقع رفعها له
تبقيه حكمه وتبقيه عدم نقرع شهادته على الرجل المذكور فكانت الوثيقة بذلك
بيده وهو بها قال ولم يتذكر في بيته فعرضت له حاجة اخرجته من بيته وهي في
يده فاتفق ان نظرها وقد قرب منها من موضع الماء وجعله وهو في ضوء الشمس فوقع
بصره على شبهة في كاغد الوثيقة فتامله لضوء الشمس فوجد محل شهادته في
الكاغد الموالي له قد خفيا بكاغد كتبت فيه هذه الوثيقة على المطلوب فلا نكشف
عنه وقطع ذلك الوثيقة له وعرفهم قلت ونزلت مثلها من قاضي قضاة منذ
ثلاث وخمسين وثمانمائة وذلك ان بعض عدول تازى فرع عادة باسره وانتهت
معه رسوما فيها حقوق وشي اكثرها بخطه ثم اخذ شهادات شهود بلده وغيرها ب
فاطمة ابي يوسف يعقوب التسولي الشهير بابن المعلم رحمه الله فلما تقدم بها في
رسوم غيرها فلا لصقها الماء قد خفيا بتلك الرسوم المتعلقة ونسبها لغيره
بفاس المحروسة واراد تسجيلها على هذا حسبنا فلفى الجماعة بفاس ابي عبد الله
ابن عبد الله العزلي الله فلما شرع في ثقلها مع بعض عدول الحضرة الكريمة بعد
اعمال فالفى الجماعة المذكور فيها ثبت من اهل التنبيه عند قاضي تازى فعكفوا
لذلك الصحوبة لغوا به قاضي الجماعة فلما استشعر ذلك التازي المذكور فر
الى بلده فورا يستجير بملاحقه الشيخ ابي عبد الله ابن عمر اسئل الله العافية
في الدين والدنيا والاخرة وانما قال في كتاب ابن سحنون لو رجعا عن شهادتهما
في اقرار ورجل انهما لعلا ربما ظهر ذلك بعد القضاء بذلك واقرا بالزور
فلا غرم في ذلك وقالوا هم بلاغ او غاب فعليه طلبه حتى يرده فان عجز عن
رده غرم ديته لورثته وفي كتاب الموضعين فراتلف مولا رنسبب الشاهد في

في رفعه الضرر من تسبيب المودع في رفعه لا اشتغال ربها بعد برفعه وعدم اشتغالهما
الشاهدين برفعه لمشاركته مع غيرهم فيها في ذلك قاله ابن عرفة رحمه الله وإنما
قال ابن عبد الحكم إن شهدا على رجل أنه أقر بفلان وقد لا عليه شيء دينار ثم رجعا
بعد القضاء وقالا إنما شهدنا بباطل غرمهما وعبثا إن رجع المقضي عليه بالمائة
بتيسير عليهما ولا تقبل شهادتهما للآخر بكل المائة في حقهما يرجعون عنها ولا يغرمان
له وعذرهما بالنسيان واختلفوا في ضمان المودع بالنسيان وضمنوا من أقر بثوب
لزيد ثم أقر به لعمرو ولم يعذروه بالنسيان لأن الشاهدين قد يعذر في تحملهم للشهادة لا
ولو ضمن بالنسيان كان عليه ضررا عظيما ولو أقر بتعمد الزور للأقيس على أن تتفق
على تضمينه قاله ابن عبد السلام. تنبيه تعقب ابن عرفة رحمه الله هذا
العرف فقال قوله وعذروهما بالنسيان يرد بأن النسيان في هذا الباب عند
المعترف إنما هو عدم ذكر الإنسان ما كان ذاكرا كمودع نسي أين جعل الثوب لا بترك
تلافي هما منها بعينه لا فعل ما يعتقد جوازه أو قوله وهو في الواقع غير جائز
وهذا الشاهدين في مثله المسألة إنما هو المعنى الثاني لا الأول وأوجب قوله
عدم تضمينهما ما قاله ابن عبد الحكم وهو صواب فتأمله وقوله فلو ضمن بالنسيان
كان ضررا عظيما وقوا بلا يرد على عدم تضمينه ضرر بالمشهود عليه وهو بين فضرر
الشاهدين هو الجرم فكان أولى بالخسارة وقوله أقر بتعمد الزور لا ينبغي أن يتفق
على تضمينه فيه نظر لأن مقتضى قول ابن عبد الحكم لا يغرمان له شيئا إلا أنه إن كان
له حق يغرمه على من هو عليه أن تعمدهما الزور وعذرهما سواء وإنما وجه
إنه المذهب أخذ والتبيين عند التعارض بالأعدلية ولم يرجحوا بالأكثرية في
المقصود من القضاء قطع النزاع ومزيد العدالة أشد في التحرز من مزيد العدد لأن
كلا من المتعارضين يكفيه زيادة العدد في الشهود ولا يكفيه مزيد العدالة قاله القرافي
رحمه الله وأيضا الشارع لما قبل شهادة الزنى بأربع والقتل باثنين
وقلة في أذهان الواحد مع اليمين دل على أنه لا نظر للعدد قاله الحاذق رحمه الله
وأيضا فالترجيح في العدلية موصوف حاصل فيهما وجب الحكم به وهو
الشاهدان للنزاع حيث الأعدلية فيهما للمحكوم عليه والكثرة وصف خارج عما وجب

الحكم به قاله ابن عرفة رحمه الله وهو محصول كلام ابن رشد وسلمه في شرح المدونة
العدالة وصف داخل في نصاب الشهادة والعدد وصف خارج عن النصاب
تنبيه تعقب ابن عبد السلام رحمه الله على القرافي بقوله زيادة العدد
يمكن الغير سهلة وتعذر في علم الاحوال الوصف مما كان داخلا تحت الحد
تتفاضل وابعد عن التعذر والكسر كان ارجح وزيادة العدد منضبط محسوسة
يحتمله والعدالة مركبة من قيود فضبط الزيادة فيها متعذر او متعسر فلا ينبغي
ان تعتبر في الترجيح ورد عليه تلميذه ابن عرفة رحمه الله بان قال رده اولا
بقوله لا نسلم زيادة العدد يمكن الغير سهلة يرد بان القرافي لم يتمسك بل نقصه مسألة
سهلة بل انها ممكنة غير ممتنعة وكونها ليست لا يمنع امكانها عادة وقوله
ضبط زيادة العدالة متعذر او متعسر يمنع ذلك بانا نعلم بالضرورة في شهود
شيوخنا وامثالنا لنا من هو اعدل من غيرهم وانما قال في كتاب محمد في الشاهدين
يشهدان بدين لرجل فيه شيء يسير نقص شهادتهما في حقهما وهو غيرهما كالوصية
واذا شهد بعض القافلة بعض شهود القتل وقبلوا ترد شهادتهم مع ان العيب
لا يلزمه شيء والمقتول الذي يلزم العنى اذا كان يسيرا جدا فلا تهمة او تقع
لان في الدين هو وحده ليست في التجريح لان فتعلو الشهادة في التجريح ومن الجرحة
بان هو متيسر فضيلة بينة اخرى وفتعلو الشهادة في الدين وهو عمارة الذمة
فتعسر بعونه بعون وفيه قاله ابن عرفة رحمه الله وانما اجاز في المدونة
لشهود الزنى تعمد النظر الى عورة الفاعلين لتحمل الشهادة ولم يجز في اختلاف
الزوجين في عيوب الفرج نظر النساء اليه ليشهدن بما رأين من ذلك وان اذا
اختلفا في الاصابة وهي بكر فقال لا تنظر النساء اليها لان الزنى والحكم
في الزنى هنا منحصرة في الشهادة ولا تقبل الا بمعاينة تامة وطرق العلم
في تلك الصور غير منحصرة في الشهادة بل ثم طريق غير ذلك من الوجوه التي ذكرها
الفقهاء في محلها فلا ينبغي ان يرتكب محرم وهو النظر الى الفرج من غير ضرورة قال ابن
ابن عبد السلام تنبيه تعقب ابن عرفة رحمه الله بن شيخه هذا بقوله
يرد بان ضرورة النظر انما هي اذا لم يكن اثبات العيب الا بالنظر فان ذكر ما
يحصل لنا الجواب بثلاثة اوجه الاول ان العيب محمول وثبوت العيب محمول من وجه

تعلى

الاول

لأنه أقوى لعقوبته فيمن سرق وقطع يمين رجل عمدا يقطع للسرقة ويسقط القصاص
لتداخل ما لأجله التكفير ومسألة الزنى معقول الموجود أو واحد وثبوت القذف فيحمل على
التسوية التداخل المنكفر والتداخل في الزنى إنما هو بحسب الحقيقة ولا يستلزم ذلك
من الإحاطة بالتكفير إلى الفرع فلا يستلزمه التكفير للعيب وإنما قال مالك
يقضي بالشاهد واليمين في الجراح ولا يقضي به في غيرها من الحقوق البدنية لأن
الجراح لو بطل القصاص فيها بطلت الأموال وإن حكم فيها بالشاهد واليمين
لأدى ذلك إلى الاجتزاء على الدماء فإذا علم أنه يقتص منه بالشاهد واليمين
كان ذلك انكفافا وزجرا تنبيه نقل القرافي رحمه الله أن مالكا علل القضاء
بالشاهد واليمين في القصاص وفي جراح العمد بأنه يصالح عليها بالمال في بعض
الأحوال واستشكله هو بأنه لغى الأصل واعتبر الطوارئ البعيدة وذلك
لازم له في التعبير أيضا وهو خلاف الإجماع واستشكل أيضا من حيث أنه لم يقل
ذلك في الأجسام مع أنها تخالع ولا في الولاء ومآله إلى الإرث وغيره فكل
ما مآله إلى المال وإنما قال في المدونة إن شهد على رجل شاهد أنه سرق
متاع فلان وأنه يحلف صاحب المتاع ويستحقه ولا يقطع بالشاهد وإن كان عدلا
وقال فيمن شهد عليه عدل أنه شرب الخمر إن كان ممن يشهد وهو ينكل فيحلف العدل
في منعه ينكل وقع ذلك لأنه يتكلل لأن المشهود به في مسألة الشرب معنى لأنه شهادة
بعدل لا غير وفي مسألة السرقة المشهود به بعدد لأنها شهادة بمال ويعني
أن قولها من يشهد ذلك المال فلا تصرف الشهادة إلى المال وإنما وجب
الغرم في غير التهمة بحجة النكول عنها ولا يجب في غير التهمة إلا بعد تعيين المدعى
لأن التهمة لغير الأحق فيه تحقيق بما أمر الإمام والإنسان ممنوع أن يحلف على ما لا
يعلم صدقه في يمينه وإنما لم يقبل في الموازية في الصغير الذي لم يعاين فلم يشهد له
به الشاهد ولا علمه ضرورة أن يعلم ذلك الأمر قول الشاهد وغلب على ظنه
صدقه بخبره أو غيره ذلك للإبقاء لما التمييز بذلك حتى يتبين وأجازوا له التصرف
في مال شهد به شاهد بأنه لا يحتاج لأن التصرف في الأموال ورد من الشرع الإذن
في التعويل فيه على الظن للضرورة إلى ذلك ولو وقف ذلك على اليقين لأدى إلى

ضرر عظيم وأما تغليظ التحليف بتعظيم اسم الله والقسم به فبغير الضرر فلا
يلزم به ضرر عظيم قاله الماوردي رحمه الله تعالى وأما ما قال في الموازية في
المريض إذا قال عند احتضاره لي على فلان مائة دينار ثم مات أن المدعى
عليه يحلف ولا تراعى الخلطة في يمينه ولا يحلف في غيرها ولا بد من ثبات
الخلطة لأن المريض يعتقد أنه مشغول الذمة في غرته فتبعد التهمة في أنه يدعي باطلا
فتسقط من أجل ذلك الخلطة ولا يكون انتفاء منع التهمة باعتبار توجه اليمين
فيتوقف عن ذلك كما قلنا في القسامة في هيأته للدماء واحتياطا لها لكونها
لا يمكن إحضار البينة فيها ويمكن ذلك في المعاملات بالجدار قاله المازري في كتاب
الجعالة. تنبيه من المسائل التي تتوجه فيها اليمين على المدعى
عليه من غير اعتبار خلطة وثانيها الصانع وثالثها المتهم بالسرقة ورابعها
الغريب ينزل بمدينة فيدعي أنه استودع رجلا مالا وخامسها التي ترجع في الرفقة
يدعي أنه دفع ماله إلى رجل وإن كان المدعى عليه عدلا غيره فتهم من ذلك لعله
… وعلل يحيى بن عمر توجه اليمين على الصانع بأنهم نصبوا
أنفسهم للناس والزمه الباجي مثله في تجار السوق وقال اللخمي في الصانع
متى ادعى المدعي ما يشبه أن يتجر به أو يلبسه أو لباس مثله وإلا لم يحلفه
ويراعى في الوديعة ثلاثة أوجه أن يكون المدعي يملك مثل ذلك جنسا وقدرا
وثبوت ما يوجب الإيداع ليس الغالب من الغير يطلب أن يودع ماله بسبب
خوف أو طلب سفر أو سبب خلاف الغريم وأن يكون المدعى عليه ممن يودع
مثل ذلك وأما ما قال سحنون من أقام بينة أن قناته تجري على جاره منذ سنة
فليس يجوز ولو جرت عليه أربع سنين كانت حيازة وقال غيره في دارين بينهما
زقاق مسلوك بأحدهما كوة يرى منها ما في دار الآخر فبنى جاره في داره غرفة
وفتح كوة قبالتها فطلب صاحب الغرفة سدها عليه فطلب الآخر سد
الغرفة وهي منذ خمس سنين حلف صاحب الغرفة ما تركها إلا لعذر الجوار وتسد
الكوة وفي كلام ابن معين من عقد فيه حيازة أربع سنين لا يحوز الا كشاع
لعله بخلاف القناة قاله ابن عرفة رحمه الله وأما لم تقبل الحبس
في الشهادة مع كثرة العدالة وقبلوا في الفتوى والرواية مع أن الجميع اخبار

صح يمكن

لان

لأن الشهادة من المناصب السنية والمراتب العلية والرق نقص يمنع من
الأهلية وتخفيف هذه القضية برد شهادة النساء إلا في مواضع الضرورة وفي
الأموال لكثرة المعاملة فيفهم من هذا أن الشارع لاحظ علو منصب الشاهد
ومراعاة المناسب أن لا يحكم المحسن منصب الناقص مع إمكان الاحتراز منه
وحصول المقصود بغيره ولا كذلك الرواية إذ قد لا يتفق أن يسمع الحديث غير
النساء والعبيد وليست الشهادة كذلك إذ قد يمكن الشهود كلهم أحرار عدول
فإن قيل هلا سلك بالعبيد مسلك النساء في قبول الشهادة قلنا
لم يسلك بهم هذا المسلك أما في مواضع الضرورة فللمشاركة وأما في شهادة
الأموال فلأن العبد مشغول بخدمة السادات لا فراغ له للأداء ولا يجتمع على
أن المعاملات في الأموال تقع بين النساء والرجال بحيث يشق إحضار الرجال
والضرورة تدعو إلى القبول أما الموضع الذي يتيسر فيه حضور العبيد يتيسر
فيه حضور الأحرار بخلاف الأحكام وإذا الحكم من باب الولاية والعبد
أشنع الأحكام

فرق كتاب الوكالات

وإنما لم تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل وقبلت الوكالة مع حضور
الموكل لأن الوكيل نائب لأن الشهادة الموكل وكلامه ككلامه وشهود الفرع إنما
يشهدون بنقل شهادة شهود الأصل يشهدون بما عرفوا منه فلم يكن ذلك
كالوكالة وأيضا القاضي يلزمه البحث عن عدالة الشهود فإذا الشرع
قبول شهادة الفرع كشف عن مرتبتي شهود الفرع وشهود الأصل ومشقة
فيه كلفة بخلاف الوكالة وأيضا عدول شهود الأصل عن الحضور مع
عدم العذر ريبة يسترابون إذ لو حضروا الكفت القاضي مراجعتهم وزاد بريبة
شهادتهم مما يوجب الوقف عنها ولا كذلك الوكالة وأيضا الوكالة
تجوز من الخصم إذا رضي خصمه ولا يجوز قبول شهادة الفرع مع حضور الأصل
وإن رضوا بهم وإنما تمنع الوكالة على المتمالئ إذا كان الموكل حاضرا
على قول ويجوز الوكالة على قضاء الدين وإن كان الموكل حاضرا وليس من

قوله الوكيل يحتج من فعله من بدل الوكيل لان الامتناع من قبول الخصام بوكالة
له فيه غرض صحيح لانه قد يكون الالد الحاذق بالتحيل في الخصومات بحيث يسرع
اليه الحكم في موضع الحق ولو ترك الخصم مع خصمه لامن ذلك مع كون الوكيل به علم
عنده من صحة الطلب وبطلانه او انه محق عنده مثل سوى جواب بالحق وقد
يتعدى فيه ما لا يجوز فلهذا يجب ان يمتنع وكالة الخاصم بخلاف الوكالة على
قضاء الدين فلا يتداول من بدل الموكل او الوكيل سواء الا بتعدى واختلاف الاغراض
فيه وليس مثله وكالة الخصم المطلوب والطالب وهو مقبل كما ان وكالة الوكيل الطالب
بوجوه الخصام والحنا فكذلك وانما تلزم وكالة المطلوب بغير رضى الطالب
ولا تلزم الحوالة بغير رضى من له الدين لان الطالب حقه في ذمة المطلوب
وان كان ذلك من حقه فكيف يلزم ان يشغل عنه حقه الى غير من استحقه عليه
لان التزام رب الدين الحوالة استقام لملكه عرضه واشترائه ذمة اخرى والبيع
والشراء لا يكون الا بالتراضي بخلاف الوكالة فانه لا يتعدى فيها مثل المعنى
وانما قال الا بعد اذا وكل على شراء سلعة بعينها انه ليس له ردها بالعيب
ان اطلع عليه بعد العقد الا بعد رضى الموكل وان نص له في ذلك واختلفوا
على قولين اذا كانت السلعة ليست بعينه وانما وكل على شراء سلعة موصوفة
لان الموصوف يتسع بقصد الموكل الى تحصيل تلك الصفات سليمة فاذا لم تكن
سليمة من العيب لم تلزم الامر ومن الوكيل لم يعقد على ما امر به فله ردها
من غير مطالعة الموكل واذا عين الموكل ما يشتري له فغرضه تحصيل العين على
اي حالة كانت فلهذا لم يكن للوكيل من ردها وانما قالوا فيمن امر رجلا
يبيع له سلعة بثمن محدود انه لا يلزم الموكل بيعها بدون ذلك وان قل النقص
واذا امره ان يشتري بثمن محدود لزم الموكل الشراء بالزيادة القليلة لان
الشراء لا يتاتى غالبا بما يعين الآمر حتى لا يزيد عليه شيئا وغرضه تحصيل
المشترى ولا يحصل الا بتمكين الوكيل من زيادة يسيرة بخلاف البيع فانه لا يلزم
للموكل لكونه لا يتاتى بما عين له او يرد على الموكل ما وكله على بيعه وانما
اتفقوا على قول الموكل اذا اختلف مع الوكيل في مقدار الثمن او ما امر به واختلفوا

في الاشتغال بغيره في مقدار الثمن مثل أن يقول للمرأة المأمورة أن تزوج الموكل من الذي بعينه
المشهور وهو المذهب وهو الذي يدفع الثمن خلافا للشافعي فإن الوكيل له قبض ودفع
المشهور وإنما هذا النزاع في غير المفوض والوكيل المفوض إليه ولا هذا في غير
الوكيل المخصوص لأن المخصوص يحلف ولا تنفع شهادته للنزاع إذ لو قبلت شهادته
لم يحلف نقلته من الفروق من أول الترجمة الرابعة من كتاب الوكالات من شرح التلقين
للإمام أبي عبد الله المازري رحمه الله تعالى وإنما أبطلوا الوكالة المطلقة
حتى تقيد بالتفويض أو بأمر مخصوص وصححوا الوصية المطلقة وجعلوا للموصى التصرف
في كل شيء لأن الموصي لما كان ميتا جاز أن يتصرف له في كل شيء ولم يقدر عليه والحي غير
من الحلول والوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر إلى الوصي بخلاف الموكل فإنه
قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولا بد من أمر يستند إليه في العادة احتيج إلى تقييد
الوكالة بالتفويض أو أمر مخصوص وإنما يستثنى من عموم الوكالة بيع دار السكنى
وبيع عبد الخدمة وزواج البكر وكذا الزوجة دون غيرهما من النساء لأن العرف قاض
بأن ذلك لا يندرج تحت عموم التفويض وإنما يفعله الوكيل إن وقع النص عليه وإنما
قالوا لا عهدة على الوكيل في عيب أو استحقاق إن صرح بالوكالة وعليه اليمين وإن صرح
لأن التصريح بالوكالة أو العلم بها لا يكون مقتضيا لعدم المطالبة بالثمن أو المثمون أو بعدمه
والأصل عدم الاستحقاق والعيب وإنما قالوا في المدونة إذا تلف الثمن في يد الوكيل
قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف إذا لم يكن دفع الثمن
أولا وإنما دفع إليه قبل الشراء فضاع فإنه لا يلزمه إلا من غرم الثمن ثانيا لأن ابتداء
الشراء في الأول إنما كان على ذمته والثمن في ذمته حتى يصل إلى ربه بخلاف الثانية فإنه
قد عينه فذهب فلا ينقل حكمه إلى الذمة تنبيه تعقب بعض شراح الجلاب
العدول عن التعبير والله أعلم وإنما قالوا لأحد الوكيلين الاستبداد ما لم يشترط خلافه
وليس لأحد الوصيين الاستبداد إلا بإذن من الموصي لأن الوصي يتعذر منه التكلم في الرد بخلاف
الوكيل المفوض إليه أو ما نكرا أو استبد لأنه جاز وكذلك الأمر ومن له في البداءة وأن
في المخصوص فإنهم لم يجزم أن كلا منهما وكيلا لأن الوكيل المفوض إليه قد أقامه الآمر
مقامه في كل حالة بكل شيء ويجوز للآمر فعله في ماله مما فيه السداد والنظر جاز للوكيل

المفوض اليه فعله لانه اذا انكر او خالف في ذلك مما يختلف الناس اليه وذلك من باب النظر
واما الوكيل المخصوص فلا يجوز له ذلك لان الامر المخصوص واقف عليه الا فيما وكل فيه فمتى
زاد على ما وكل عليه صار متعديا ولزمه ضمانه لانه املك وانما قال ابن الحاجب من
وكل وكيلا على بيع الرهن وقضاء دينه من ثمنه فليس للراهن اخراجه لان وكالته لا برضى مرتهنه
وقال في غيره للموكل عزله والجميع وكيل لان الوكالة قد تعلق بها حق لغير الراهن فقيد
وفي فسخ وكالته ابطال حق المرتهن وكذلك سائر الوكالات فتمهيد قال الشيخ
ابو محمد ثلاثة من الوكلاء لا يعزلون الوكيل على دفع الطعام المسلم في بلد اخر وعلى دفع دين
في بلد اخر والثاني الوكيل المفوض اليه في الكلام والثالث المرتهن يشترط على الراهن
ان لم يؤد له حقه الى اجل كذا يبيع الرهن قال بعض الشيوخ وكذلك الوكيل على الخصام اذا
قاعد خصمه مجلسين او ثلاثة وكذلك الوكيل بعوض لانها اجارة لازمة وانما قال
مالك اذا امره ببيع سلعة من السلع كان ذلك اذنا له بالبيع وبقبض الثمن وان لم
تاذن المراة لوليها في التزويج لم يكن له ذلك اذا تاخر قبض المهر الا بتوكيله وكلاهما نيابة
ومعاوضة لان عقد البيع يفتقر الى قبض الثمن فكان الاذن بالبيع اذنا بقبض الثمن وعقد
النكاح يتم ويفتقر الى ذكر المهر فلم يكن الاذن فيه اذنا في قبض الثمن وايضا المقصود من
البيع الثمن فكان الاذن فيه اذنا بالمقصود وعقد النكاح المقصود فيه الوصلة والالفة
دون العوض فلم يكن الاذن فيه اذنا بقبض العوض وانما قال مالك اذا دفع رجل
الى رجل مالا وامره ان يشتري به سلعة فاشترى غيرها وادعى انه بذلك امره فالقول قوله
وان امره يبيع سلعة فباعها بدون الثمن وادعى ان بذلك امره وجحد الامر ذلك فان لم تفت
كان القول قول الامر وفي كلا الموضعين فرق من جهة ان الامر ان اختلفا في عين السلعة
المامور بشرائها فالمامور مدعى عليه فكان القول قوله وان اختلفا في ثمن السلعة
ومتى لم تفت كان الامر مدعى عليه وكان القول قوله لان الامر مبني على هذا وانما
قال مالك اذا دفع رجل لرجل مالا وامره بدفعه الى زيد وادعى انه دفعه اليه وانكر
ذلك المبعوث اليه لم يقبل قول المامور الا ببينة على الدفع وان ادعى تلف المال
صدق في كلا المسئلتين والفرق ان خراج المال عن يده الى المامور وهو [illegible] في التلف فلزمه
صدقه كذلك الاعطاء لانه يحتاج الى توثق من القابض اذ لم يؤمن بتضييع المال فلذا

في الوكيل على بيع الرهن [illegible]

دفعه

دفعه بغير بينة كان ضامنا كما قلنا وعند ذلك وافقيه وعنده ان يقال لانه مودع لاشتغال
ذمة غيره وبراءة ذمته فلم يقبل قوله وليس كذلك في التلف لانه غير مودع لاشتغال
ذمة غيره والله اعلم وانما قال ابن عبد الحكم في من وكل رجلا يقبض عنده نصف
دينار لغريمه فقبض عنده الدراهم كان الامر له مخيرا ان شاء دفع نصف دينار وان على
شاء الدراهم ولو دفع عنده نصف دينار كان الامر بدفع البينة نصف دينار وفي
كلام ابن محرز فرق بين هذا وبين ان الدنانير والدراهم ينوب بعضها عن بعض
لانها قيم المتلفات والدراهم كانت في الدراهم لا احدهما يقوم مقام الاخر
وليس كذلك في العروض لانها لا ينوب بعضها عن بعض ويقوم مقامها فاذا دفع عنده
سلعة وكانت قيمتها اياها بنصف دينار والزم امره بدفعه بالمنزل الذي يكون معينا وانما
قالوا اذا وكل الوكيل بلا اذن موكله ثم مات الوكيل الاول لا ينعزل الوكيل الثاني في اتفاقهم
واختلفوا في قدوم القاضي على اليتيم هل ينعزل بموت القاضي الذي قدمه ام لا لان نيابة
القاضي عن الاب انما هي باقراره وهو لا يثبت الا بالاقامة له والتقديم جعل للنسبة اليه جزء
كدلالة الكلام على بعض اجزائه ونيابة الوكيل انما هي بولايته وهو اقرار دلالة
الكلام اتفاقا ولا يلزم من نقض اثر الاضعف نقض اثر الاقوى وايضا فقدوم القاضي
نائب عنده في قوله ووكيل الوكيل نائب عن الموكل لا عن الوكيل وفيه نظر لانه جمع انفصال
نيابة وكيل الوكيل عن الموكل لان الوكيل لم يعزل وكيله واشتغاله بفعل نفسه انما
ولو لم يكن نائبا عنه لما صح عزله اياه فتعين العزو الاول افاده ابن عرفة وانما
ينعزل الوكيل بموت موكله ولا ينعزل القاضي بموت الامام الذي قدمه لان عزل القاضي
بموت الامام مفسدة عظيمة لعموم نيابته في امور المسلمين في حقهم لا عن نفسه في
حقه وقد مر منه في جزء والاقضية والله سبحانه اعلم وبه التوفيق لا رب سواه
وانما جعلوا للوكيل عزل نفسه اذا كانت بغير اجرة ولا تعلق بها حق بخلاف الموكل
والمركل عزله ايضا مع ان الوكيل وهب منافع نفسه والهبة تلزم بالعقد مع قبول ثم
الموهوب له واذا وهب له منافع دابته او داره ليس له الرجوع وان جميع هبة منافع
نفسه اولى منه لان ذلك اذا انفسخ فكان له الرجوع لذلك ولا كذلك منافع الدابة
والدار والعبد وغيرها من الاموال وفيه نظر

فروق كتاب الشركة

وانما منع مالك الشركة بالطعامين المتفقين بالنوع والصفة واجاز الشركة بالدنا نير
والدراهم مع ان الجميع جزءا الحكمية حاصلة فيهما كما حصلت في الدنانير لان الشركة
بالطعامين تؤدي الى بيع الطعام قبل قبضه وذلك ان كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف
طعام صاحبه ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد على ما باع فاذا باعا فيكون كل منهما بائعا
للطعام قبل استيفائه قاله عبد الحق عن بعض شيوخه وايضا لو منع من الشركة
بالطعامين لادى ذلك الى خلط الطعام الجيد بالردي قاله ابن المواز وفيه نظر لان
الفرض اتفاقهما وما اعتل به احالة للمسالة عن موضوعها اذ هو دال على اختلاف
منع الشركة فيهما باتفاق مالك وابن القاسم وايضا الاجماع انعقد على جواز
الشركة بالدنانير والدراهم اجماع معمول به من لدن القيام ولا يقاس عليه غيره عند
الناس وايضا الشركة في الطعام مشروطة بالتساوي في القدر والصفة وذلك
متعذر عادة قاله القاضي اسماعيل قال ولا ينقض هذا ببيع الطعام بعضه ببعض لان
المطلوب في البيع حصول التساوي في القدر فقط ورده ابن يونس بانه تخريج على خلاف
اصل مالك وابن القاسم وذلك انه يقتضي جواز الشركة بالطعامين المختلفين في
النوع اذا حصل التساوي في القيمة ورده ابن عبد السلام بان قائل ذلك ان كان التساوي
في القيمة مع اتحاد النوع متعذرا مع اختلاف النوع وقال بعضهم في قول القاضي نظر
لانه لولا حصول التساوي لم يكن ليكون ذوات الامثال وايضا الطعام مما تختلف
فيه الاغراض فطلبنا لغيرها نفعه باستيفائه وعدمه في العين لعدم الغرض به فيصير
ثمنا كثمن الطعام مختلطا قاله بعضهم وفيه نظر لانه يرجع الى قول القاضي وايضا
علل الطعام كثيرة بخلاف الدنانير والدراهم وفيه ايضا نظر لانه يرجع لما نقله عبد
الحق عن بعض شيوخه وانما جازت الشركة بالعرض من جانب والنقد من جانب على
المشهور ولم تجز بالدنانير مع الدراهم على المشهور لان العين والعرض ليس فيهما الا مانع واحد
وهو البيع والشركة وهو مغتفر في اصل الشركة بخلاف الدنانير مع الدراهم فان فيهما
علتين البيع والشركة والصرف بغير مناجزة فافترقا فان قيل ضميمة بقال اذا كان البيع
ربع
والشركة مغتفرين فما بالهم لا يجوزون البيع والشركة كما نقول البيع المغتفر مع

الشركة

الشركة مثله فالكلام في ذلك فيهما والممنوع فالكلام في جمعها فيهما وانما منع في
المدونة بيع دينار ودرهم بدينار ودرهم وبيع مد قمح ومد شعير بمثلهما واجاز في الشركة
ان يخرج هذا ذهبا وورقا والاخر مثله ذهبا وورقا مع ان المقصود من الجانبين انما ان
يكون بينهما اثلاثا من كل وجه فيلزم جواز البيع او منعهما وبالتالي تمتنع الشركة اذ لا يجوز اختلاف
رأس المال والتساوي في الربح على سبيل الشركة الا كونها لا التساوي في تفاضل العوضين
متعذر ولو تساويا لما يعلم بما قل وكثر من شيء زائد في احد الجانبين عن الاخر ومع
عدم هذا الفضل فاتسع لذلك بيع دينار ودرهم بدينار ودرهم لان ذلك الزائد يعني به كل
واحد على سبيل الهبة بعد المفاصلة مستبد به عن صاحبه ولما فقد هذا المعنى في الشركة
منعوا انما هما لعدم استبدادهما ولعدم الهبة بعد الصريحة قاله بعض من تكلم على
المدونة تنبيه لاجل انتفاء الهبة بعد الصريحة في الشركة جوزوا في الشركة الحرث
لكل واحد من الشريكين فيهما اخراج الزريعة واخراج احدهما العمل والاخر الالات والبقر
وانما لم يختلفوا في عدم قبول اقرار احد الشريكين بدين لمن يتهم عليه كابويه وولده او جده
او صديقه او من يعد الملاطفة واختلفوا في اقرار من ليس ولمن لم يتهم عليه لان المفلس يعني
المريض في ذمته بهذا الاقرار ولا كذلك الشريك قاله التونسي تنبيه منع الشيخ
ابو الحسن اللخمي رحمه الله هذا الفرق وقال لا وجه له لان المفلس في التهمة لانه يمنع ماله
ويبقى مفلسا لا شيء له فيحكي ماله لمن يلاطفه ليعيده اليه فيعيش به وانما قال
اللخمي لا يقبل اقرار احد الشريكين بدين بعد المفاصلة ولا افتراق يقبل بعد تفرقهما صاحبه
لان الاقرار لا يكون الا عن شبهة وقبل المفاصلة وقطع الدعاوى ولا كذلك الموت لانه امر كان
قبل المفاصلة والابراء وانما قال ابن المواز في مال القراض بعد موت العامل قبل المفاصلة
انه ان يعرف عينه في مال القراض ويشهد بذكره عند المفاصلة بطلب ويكون له ذلك والشريك
بعد المفاصلة اذا افترقا لا يكون له ذلك لان عامل القراض لا يعمل الا بجميع ومتى في اقرار
الشريك لا تهمة اذ لا يجلب امرا لنفسه غيره ولا نفع من له في ذلك ايضا لانما تهمته على الشريك
شهادة والعبرة انه اقرار من اخر قاله ابن عمران رحمه الله تنبيه هذا الفرق
يتضح بكلام تخريج اللخمي بهو اقرار الشريك على قبوله من العامل على صحته فلا يحتاج
اليه لوجود النص قال ابن يونس لابن سحنون عن ابيه اقرار احد الشريكين بعد التفرق

يلزمهما في اقوالهما وانما قلنا في المدونة تمنع الشركة في الدنانير مع الدراهم
فان وقع وعملا فلكل واحد راس ماله ويقتسمان الربح لكل عشرة دنانير دينار ولكل
عشرة دراهم درهم كذلك الوضيعة وان ابتاع كل واحد السلعة التي اشتريا بماله
فقيمة السلعة وقسم كل ثمنها على ما ذكرنا وقال اذا وقعت الشركة في العرضين فاسدة
فراس مال كل واحد منهما ما بيع به عرضه وفيه يكون شريكا ان عملا بعد ذلك وكذا ينبغي
ان اشتريا بالدنانير والدراهم عرضا ان يكون لصاحب ذلك المال كما كان حكم العرض في
شركة العرضين الفاسدة لصاحب ذلك العرض اهـ وانما تجنب عرض واحد بالعين
واختصاص ربه بعوضه اذا اصر كما يمنع بغلاء العرض في ذلك قال في سماع المدونة ومن
اودع عنده دنانير فابتاع بها سلعة فليس له اخذها انما له اخذ دنانيره ولو اودعه
عرضا فباعه بعرض او طعام فله اخذ ما باعه به والمثل فيما له مثل او القيمة فيما
لا مثل له فاذا وقفت على هذا علمت انه لا يلزم من اختصاص رب العرض بثمنه اختصاص
رب العين بعوضها خلافا لما توهمه التونسي وابن يونس والله اعلم وانما قالوا
في البذر ان يكون بين الرجلين فيشتري به احدهما نصيبه ويأبى الآخر انه لا يجبر في الرواية
المشهورة واذا كانت البئر بينهما فغارت كان اصلاحها عليهما ومن ابى منهما جبر
لان البئر يتلف النفع باصلاحها وفي ترك اصلاحها اضاعة للمال ولا كذلك البذر او
بانه قد يستغني عنه بان يشتري كل منهما على نفسه بذرا او غيره وانما قال ابن
القاسم فيمن زرع زرعا فغارت بئره وانقطع شربه وخيف على زرعه وجار له فضل
ماء بيده فعليه ان يعطي صاحب الزرع المخوف عليه من فضل مائه حتى يصلح بئره فان
امتنع من ذلك جبر عليه من غير ثمن وقال اذا انهدم العلو في قسمة فانه يقسم له
قيمة العلو لان الماء ملك فيه مشقة الحسنة اذ هو الموجود فيه كثيرا عادة
ولانه وارد فيه ولا يمنع نفع بئر ولا يوجد ذلك في العلو تنبيه عكس اشهب
هذا الحكم فقال يقرع في سقي الماء ولا يقرع في القسمة والعدول به عن حرفة النفوس
احكم من حرفة الاقوال لانه لما خاف الموت طلب احتياطه بالاهوى وكثير خوفه
على النفس حوفه على الزرع وغيره من الاموال

فصل في كتاب الجعل والاجارة

وإنما لا يجوز أن يستأجر الرجل نساجا لينسج له غزلا بنصف الثوب ولا بقيمته ويجوز
أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر والثوب الذي يخرج مجهول الصفة ولا كذلك
الغزل فإنه معلوم لا جهل فيه ولا غرر وأيضا النصف الذي استأجره به لا يسلم إليه
إلا بعد مدة وبعد حصول النسج وكذلك القيمة مجهولة لا يدري كم يكون مقدارها وإنما
قالوا إذا قال رب الدابة للأجير اعمل على دابتي بنصف ما تكسبه عليها أن العقد فاسد
لجهل مقدار الكسب فإن وقع كان الكسب كله لرب الدابة وللعامل أجرة المثل وجميع الكسب
للعامل مع أن العقد في الجميع فاسد لأن الإجارة في الثانية وقعت على الدابة والأجير كان
مجتنيا للكسب وفي الأولى وقعت على العمل واجتناء الكسب من قبل الدابة فمن وقع عليه
عقد الإجارة لم يكن له من الكسب شيء لأنه في حكم التبع والمقصود غيره قاله ابن بشير
ويتخرج وإنما ضمنوا الصانع المشترك ولم يضمنوا الراعي المشترك مع أن كلا منهما أجير
لأن جري الراعي مجرى الجمال الذي أجمع العلماء أنه لا ضمان عليه إذا لم يثبت تعديه وأيضا
الراعي لم يؤثر في أعيان الغنم شيئا وتنزله إلا منزلة الأمين ولم يشبه سائر الأجراء من الصناع من قبل
أن مقتضى الحواشي هو قليل في الناس وليس يعم فيهم كما يستعملون أصحاب الصنائع وحاجتهم
إليهم فلم تكن الضرورة كالضرورة في الصناع وأيضا الإنسان يقدر على الرعي بنفسه من غير أن يستأجر
أحدا ولا يقدر على الصنائع التي يباشرها الناس إلا بتعليم وتعاطي فلم تذكر فيها الضرورة التي
كالضرورة في الصانع **تنبيه** من هنا العرف يتضح لك الرد على الشيخين الفاضلين
العالمين العاملين أبي محمد عبد الله العبدوسي وأبي عبد الله محمد بن قاسم القوري رحمهما
الله في فتواهما بتضمين الراعي المشترك تقليدا لقول ابن حبيب وقد أشبعت الكلام في الرد
عليهما وعلى من احتج بفتواهما في كتابي المسمى بإفادة المتلمس والمرجع بالترك على من
أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك ورد تعقبهما بأمور أولها أن الشيخين رحمهما الله من
أهل التقليد المحض في المذهب الذي لا يتعدى المحض نصوص المذهب والناس قد تكفلا من
شاء يجد أنه لا يتعدى مشهور مذهب إمامه فقها وفتوى وفتواهما بهذا خلاف المدونة
قال في كتاب الجعل والإجارة منها ولا ضمان على الرعاة فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع
ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد ولا يضمن ما سرق إلا أن تشهد بينة
أنه ضيع أو فرط قال أبو الزناد ولا لم يلزمهم إلا البهيمة ومذهب المدونة هو المشهور

والعامل ... فلم يكن له ... بنصف ما يكسب ...

إجراء الراعي مجرى الجمال إذ أجمعوا على ... تضمينه

يمه

... المسمى ... بإفادة المتلمس والمرجع بالترك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك

بالأقوال عند المغاربة وقد قال ابن عرفة لا يعتبر من أحكام قضاة العصر إلا ما لا يخالف
المشهور ومذهب المدونة وقال غيره من شيوخنا المتأخرين لا ينبغي للمفتي أن يفتي فيما
علم المشهور فيه إلا بالمشهور وكذلك حكام زماننا وقد قال الجزولي وهو في العلم بمنزلة
ما أفتيت قط بغير المشهور ولا أفتي به فإذا كان الجزولي وهو في طبقة ابن عرفة لا
يخرج عن الفتوى بالمشهور ولا يرضى حمل الناس على خلافه فكيف بمن لم يبلغ على قلة فهمه
أن يحمل الناس على الشاذ هذا مما لا ينبغي وقد قال الإمام الجزولي وقد قل الورع والتحفظ
على الديانات وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى من غير بصيرة ولو فتح باب في مخالفة
المشهور المذهب لاتسع الخرق وهتك حجاب المذهب وهذا من المفسدات التي لا خفاء بها وهذا
في زمانه فما تقول في أهل زماننا فانظر وتأمل كيف لم يستجز هذا الحبر الإمام المتفق على إمامته
وجلالته الفتوى بغير مشهور المذهب ولا بما علم فيه بناء على قاعدة مصلحية ضرورية إذ
قل الورع والديانة من كثير ممن ينتصب للعلم والفتوى فلو فتح لهم هذا الباب
لانحلت عرى المذهب بل جميع المذاهب لأن ما وجب للشيء وجب لمثله وظهر أن تلك الضرورة
التي ادعيت ليست بضرورة وقال ابن عبد السلام بعد أن قرر عن الشيوخ كانوا إذا
نقلت مسألة من غير المدونة وهي في المدونة موافقة لها في غيرها عزوها لها فكيف إذا
كان الحكم في المدونة خلاف ما في غيرها وفي أخبار أسد ومن أول القاضي فأمر سحنون عليهم
بالمدونة فإنها كلام رجل صالح وروايته وكان يقال إن المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن
تجزئ في الصلاة عن غيرها ولا يجزئ غيرها عنها أفرغ الرجال فيها عقولهم وشرحوها
وبينوها فما اعتكف أحد على المدونة ودراستها إلا عرف ذلك في ورعه وزهده وما عداها
أحد إلى غيرها إلا عرف ذلك ولو عاش عبد الرحمن أمدا ما رأيتموني أبدا وقال العربي رحمه
الله فتح الباب بالفتوى في أقليمنا بغير مذهب مالك لا يسوغ وهذا الذي يقوله سحنون
وأصحاب مالك لما ولوا القضاء برفعوا جميع حلق المخالفين ومنعوا الفتوى بغير مذهب مالك ويجب
على الحاكم المنع منه وتأديب المفتي به بحسب حاله بعد تنبيهه عن ذلك وفي ابن عبد السلام
بيان المشهور وتمييزه عن الشاذ من أعظم الفوائد وإن ما زال في هذا وفيه أنا يعدلون
فيها على المشهور إذا وجد وكأنهما إنما اعتمدا في فتواهما على اختيار ابن حبيب وقد
قال الشيخ أبو محمد في أول نوادره من رام ذكره فمما لا خبار العمل فلعله في اختيار اللخمي

رحمى

من تقدمهم وتبعهم مثل سحنون واصبغ وعيسى ابن دينار ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن
عبدوس وابن سحنون وابن المواز الكثير من تكلفا للاختيارات وابن حبيب لا يبلغ في اختيارا
وعزلا ردوا بانه مبالغ من ذكرناه وقال الحافظ ابو محمد بن حزم في كتابه الاعراب لدلم
برو نحرير الملك في المدونة في الجوامع انه من كثير يوزعايش مشهورين بالكذب بزيد
ابن عياض بن جعدة وعبد الملك بن حبيب الاندلسي يفتح فانت ترى كيف رماه الحافظ
ابو محمد بن حزم بالكذب وقد تقدم ان ابن حبيب لم يعن بالاختيار مع قول سحنون فيه
المسيب والتحشر ويحكموا لا وذا عن بل فكلام ابن الغياد لقوله لانه صار كالصانع
الذي من عادته ان الثوب يعلم على تضمينه اذا كان اجيرا مشتركا وعند هذا نقول في هذه
قياس ابن حبيب للراعي المشترك على الصانع المشترك نظر من وجوه منها ان الفرق المذكور
وانتقض قياسه من عدة وجوه الحكم بالراعي ولم ينعكس الاول ان الفرع انما يحمل على الاصل
اذا وافقه في المعنى الموجب للحكم وان خالفه في غيره والضرورة الداعية الى الصناع
لا تشابهها الضرورة الداعية الى الرعاة بل دونها لان الضرورة الداعية
الى الصناع اشد منها الى الرعاة فالعلة في الفرع الذي هو الرعاة دون ما هي في
الاصل الذي هو الصناع وقد قرر في القياس من شرط المشابهة والصحة ضعيف جدا
اذ من شرط القياس مساواة الفرع للاصل في علة حكمه واذا بطل الشرط لم
يثبت عليه المشروط الثاني ان الصناع انما ضمنوا التاثير عملهم في عين المصنوع
انه كالخياط والخراز والصباغ والقصار والنجار والخراز ونحوهم لان السلعة
اذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها اذا وجدها فربما تغيب في ايدي شراوه والداعي لهذا انما
ضمنهم والراعي لا يؤثر في عمله وعمله في اعيان المواشي وذوات الدواب شيئا فافترقا
الثالث ان الصانع نصب نفسه للصنعة في جانب الغير على المصنوع كما نصب في جانب
الحرث المستأجر فيما يغاب عليه خلاف الراعي فانه كالحرث المستأجر فيما لا يغاب
عليه من الحيوان والرباع والعقار والراعي وان سلمنا كونه كالصانع تنزلا وجدلا فانا
لا نسلم كونه كالمنتصب للناس عموما بل كالمنتصب لجماعة خاصة والمنتصب لجماعة خاصة
نص المحققون كابن رشد وعياض على انه لا ضمان عليه كغير المنتصب الخاص ان تقياس
فرع على اصل مختلف فيه المجتهد على تعميم حكم الاصل ويعود لاشتراكه في الراعي وكل ما

نحو الجنس على الغير لا يجوز لعدم الاغتباط لكننا فهمه بتقليبه وهذا لعله لأنه يقيسه
هذا منع لعدم واوفى في مورد العرف لعجز عن العرف بينهما وفي مورد الأصل ويكون
بالنكاح والشهادة من أقوى قال بالتعبير في الرهن والعتق استحسانا وقياسا على
العارية لأنه إنما قبض لحق نفسه وقد جاء أنها مؤداة وعليه فلا يتم أيضا لأبي فصل
حبيب القياس لأنه قياس من فرع مقيس على أصل والمحققون قد سووا العتق بالرهن والغزالي
والبصري والباجي وابن رشد بالفرق ذلك واخذ منه كما ذلك من قبله تراجم فقال
الوفاء بالعقد على قول الغرائب وعند الغرائب على ما هو المعروف الشائع أو الجناية
مؤتمنون بالدليل والبراءة الأصلية فتضمينهم في غيرها تستثنى من ذلك الدليل والحكم
في الأصل إذا كان على خلاف الأصل لا يقاس عليه والشافعي أن القول المخرج لا يطلع
القاضي ولا يبنى على الفقيه ولا يختاره المجتهد قاله ابن عبد السلام نراه نرضا والذي بقي
أبو من هو ولا يجوز الحكم به ولا الفتوى وقد يعتذر عما اردت والله فهو وإنما
تنفسخ الإجارة بموت صبي الرضاع والتعليم وموت بعير الرياضة والاشتراء وقد
ينفسخ بموت الغنم والراكب مع أن الجميع مما تستوفى به المنفعة لأن العقد في الأولين
إنما هو على عين الولد والبعير فلذا كانا لم يلزم الإتيان بغيرهما كما لهم ذلك إذا
أبدلنا بعينهما في البيع وإنما قال وذلك إذا وجد الجسد فاسدا فلا يرد بذلك
وإذا وجد أجير العمل سارقا فلا يرد لأن الجسد فالشغل والعلاج في ذمته لا في عينه
ألا ترى أن ذلك يلزمه ماله إذا مات بخلاف أجير الخدمة فكان رجل يبيع السلعة بعينها
التي اجر بها المستأجر عن بعد أنه علق العقد بها فلا حجة له وإنما أجير الخدمة فلأنها
اشتريت منافعه بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيبا فإن له ردها
قاله بعض شيوخ عبد الحق وإنما قال في الجلاب من استؤجر على حمل متاع
فسقط منه فانكسر ضمنه وعدم قيمته لأن الذي استؤجر على حمله قادر ولم يف به
فلا ضمان عليه لثبوت الإذن وعدم التفريط وإذا سقط من يده فانكسر المتاع
فلأنه يضمن فانكسر لأنه غير قادر ولو فيما كسر والله أعلم وإنما قال في الجلاب
من اكترى إلى الحج فاختلفا الكراء حتى فات وقت الموسم انفسخ كراؤه وان اكترى
إلى غير الحج فاشترط المسير في وقت فاختلفا الكراء فله حمولته ولا ينفسخ كراؤه

لأن

لأن الكري في الحج قد تعذر بالتلف وتعذر وصول المكتري الى غرضه في الكراء فوجب فسخ
العقد إن أراد ذلك المكتري كما أوجب ذلك في العيوب بخلاف غير الحج فإن المكتري يحمل الى
غرضه وقتما أراد من السنة لأنه يقدر على الخروج والسير كذلك كمن يعوق أو فاته لأنها في
السنة مرة وسائر الكراء للأسفار أوقاتا أراد الإنسان خرج ومتى قصده وجد
من يحمله فيبدل بعقد المتاجرين فإن كره في غير الحج بما إذا كان الكري يسافر لها وأما
إن كان غير مسافر لها فإنه بمنزلة الحج. وإنما جاز اجتماع البيع والإجارة ولا يجوز اجتماع ع
البيع والجعل لأن عقد الإجارة بيع منافع الشيء وذلك في المعلوم دون المجهول
فجاز الجمع بينهما لاستوائهما في المعنى ولا كذلك البيع والجعل لأن الجعل ليس بعقد لازم
لأنه لا يقع على عمل معلوم فلم يجز أن يقارن عقود الجعل فلان كما لا يجوز أن يقارن عقد الصرف
البيع وعقد المساقاة البيع. وإنما قال في الجلاب من استأجر عبدا في شيء من الخدمة فنفق
أو فرّ أو هلك بعد خمس قيمته وله الخيار في القيمة والأجرة وكذلك إذا استأجر صبيا فعلم
وكبر أو جنونا أو ابله لا يبرأ قايلة ولا ما يرد في شيء من الخدمة ضمن ديته وكذا نصا على
العاقلة وإذا استأجر العبد أو الصبي فيما لا يعطى أنه خطر مثل قتله أو له الفعل والمروحة
من الغرفة والنزول في جبابة أو حفر آبار أو ما أشبه ذلك فلا يضمن ما كان عنده لأن العادة
جرت بأن مثل ما لا يكون عنده تلف والناس يتسامحون فيما بينهم به فلا ضمان فيه إن كان
عنده تلف ولا أجرة فيه مع السلامة وأما إن كان الشيء المستأجر فيه فيما فيه خطر وبلا
وتكلف الأجرة في مثله فهو متعد فلولي الصغير وسيد العبد أن يضمن بالأجرة أو سلمه لأنه استوفى
منافع لها قيمة بغير إذن لد الأجرة فيها فكان ضامنا للبدل وإن كان غير ذلك دية الحر
وقيمة العبد. وإنما كان كل عقد لا يتغير بزمان لا يلزم إلا بالشروع كالجعل والقراض
والمغارسة والشركة والمزارعة بخلاف النكاح فإنه يلزم بالعقد مع أنه لا يتغير بزمان
لأن المقصود بالجعل والقراض خلاف المقصود بالنكاح فإن القراض والجعل مقصودهما المكايسة
والمغابنة وطلب الأموال المحققة والنكاح مقصوده المسامحة والمواصلة وقربة
وقرابة إلى الله تعالى فإن فيه بعض القربى وإنما هو على معنى النحلة لا معنى العوض قال الله
تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أي عطية وإنما يعار من ذلك النفقة فإذا شرع
العامل فليس له الرجوع لئلا يذهب عمله باطلا. وإنما قال ابن الجلاب لا بأس بجعل

نص المنتقى على الغرم لا يجوز لعلة الاغتيال لِيَثْنَا فقهه بتقليبه وهذا لعله لانه بقياسه
منزلة منع المعلول واما في مسئلة الفرع ليعجز له عن العروض بينهما وفي مسئلة الاصل فيكون
بالكلا والسقاة من قول مالك بالتخيير في الرهن والعارية استحسانا وقياسه على
العارية لانه انما ينتفع بها لنفسه وقد جاء انها مؤداة وعليه فلا يتم ايضا لابي
حبيب القياس لانه قياس مع فرق وقيس على الاصل والجمهور فلا سوى المتأبلة والغزالي
والبيهقي والباجي وابن رشد بالفرق ذلك واخذ منه ان مالك من قيامه تراجم قرار
الوصايا على قول الصانع وعند القرافي على ما حمل الرهون الشائع او الضمان
مؤتمنون بالدليل والبراءة الاصلية فتضمينهم في جهة استثني من ذلك الدليل والحكم
في الاصل اذ كان على خلاف الاصل لا يقاس عليه والشافعي ان القول المخرج لا يقلع
القاعدة ولا يتم له المقيد ولا يختار المجتهد قاله ابن عبد السلام زاد ابن رشد والدين
ابن مرزوق ولا يجوز الحكم به ولا الفتوى وقد يعتذر عما اردنا والله فقد واما
تحسين الاجارة جوف صبي الرضاع والتعليم وموت [illegible] بالدابة والاجراء و[illegible]
بنفسه موت الغنم والراكب مع ان الجميع مما تستوفى به المنفعة لان العقد في الاولين
انما هو في عين الولد والصبي فاذا مات لم يلزمه ان ياتي بغيرهما كما لا ذلك اذا
ابتاعها بعينها في البيع واما قال فلان اذا وجد الحانوت فاسدا فلا يرده بذلك
واذا وجد الاجير الفعل سارقا فله رده لا والحمال فلا السقي والعلاج في ذمته لا في عينه
الا ترى ان ذلك يلزمه في ماله اذا مات بخلاف الاجير العبد فكان [illegible] السلعة بمثل
الى اجل فجاء المشتري يعرفها انه علوق فقد دخل فلا حجة له واقال الاجير بخروجه فلما
اشتريت منه وجده بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيبا ان له ردها
قاله بعض شيوخ عبد الحق واما قال في الجلاب من استؤجر على حمل متاع
فسقط منه فانكسر ضمنه وعوض قيمته لان الذي استؤجر على حمله قد فات ولم فيه
فلا ضمان عليه لثبوت الاذن وعدم التفريط واذا سقط من بعيره فانكسر المتاع
فانه يضمن فالكسرة لانه غير قاد ولا فيما كسر والله اعلم واما قال في الحيلة
من اكترى الى الحج فاخلفه الكري حتى فات وقت الموسم انفسخ كراؤه وان اكترى
الى غير الحج فاستكمل المسير وفات باخلفه الكري فليه حمولته ولا ينفسخ كراؤه

لأن

لان الكرى في الحج قد تعرض بالتلف وتعذر وصول المكتري الى غرضه في الكراء فوجب فسخ
العقد ان اراد ذلك المكتري كما اوجب ذلك في العيوب بخلاف غير الحج فان المكتري يصل الى
غرضه في وقت آخر من السنة لانه يقدر على الخروج والسير كذلك كما يفعل اولا وفاته لا يمنعه في
السنة مرة وسائر الكرى للاشغال او وقت اراد الانسان خرج وفيه مشقة وحرج
تفسخه فيه بعقد المتاجرين فاذا اكراه في غير الحج فلا اذا كان الكرى مسالما واما
ع ان كان غير مسالم فانه بمنزلة الحج وانما جاز اجتماع البيع والاجارة ولا يجوز اجتماع
البيع والجعل لان عقد الاجارة بيع منافع الشيء وذلك في المعلوم دون المجهول
فجاز الجمع بينهما لاستوائهما في المعنى ولا كذلك البيع والجعل لان الجعل ليس بعقد لازم
لانه لا يقع على عمل معلوم فلم يجز ان يقارن عقود الجعل قلت كما لا يجوز ان يقارن عقود الصرف
البيع وعقد المساقاة البيع وانما قال في الجلاب من استعار عبدا في شيء من الخدم بغير
اذن سيده فعطب ضمن قيمته ولسيده الخيار في القيمة والاجرة وكذلك اذا استعار صبيا صغيرا
وكبيرا مجنونا او ابله لا يميز [illegible] في شيء من الخدم ضمن ديته وكانت على
العاقلة واذا استعار العبد او الصبي فيما لا يقضي انه خطر مثل مناولة النعل والمروحة
من الغرفة والسعي في جوار ابيه او قريبا او ما اشبه ذلك فلا يضمن ما كان عنده لان العادة
جرت بان مثل هذا لا يكون عنه تلف والناس يتسامحون فيما يتهم به فلا ضمان فيه ان كان
عنه تلف ولا اجرة فيه مع السلامة واما ان كان الشيء المستعار فيه خطر كحكم وبلال
الغير وتطلب الاجرة في مثله فهو متعد بلوغ الصغير وشبهه فعطب فعليه القيمة بلا حرج ان سلم لانه استوفى
منافع لها قيمة بغير اذن من له الاذن فيها فكان ضامنا للبدل وان كان غير ذلك دية الحر
وقيمة العبد وانما كان كل عقد لا ينفسخ بزمان ولا يلزم الا بالشروع كالجعل والقراض
والمغارسة والشركة والمزارعة بخلاف النكاح فانه يلزم بالعقد مع انه لا ينفسخ بزمان
لان المقصود بالجعل والقراض خلاف المقصود بالنكاح فان القراض والجعل مقصودهما المكايسة
والمغابنة وطلب الاموال المحققة والنكاح مقصوده المسامحة والمجاملة ومراعاة
ومراعاة الله تعالى بالرفق بعضكم في القرآن انما هو على معنى النحلة لا بمعنى العوض فقال
تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اي عطية وانما يفارق ذلك النفقة فاذا اشرع
العامل فليس له الرجوع لئلا يذهب عمله باطلا وانما قال ابن الجلاب لا يضمن الا ما

الزرع وجداد الثمرة على نصفه او ثلثه او غير ذلك من اجزائه ولا يجوز حصاد يوم ولا جداد
على نصف فاحرى فيه او يحصد الا حصاد الزرع كله بجزء منه معلوم وكذلك اذا قال
احصد لي فما حصدت فلك نصفه فجائز ايضا لانه معلوم لان كل جزء من الزرع يحصد
١ فله ايضا جزء منه فان قيد ذلك بزمان بعينه مثل ان يقول احصد هذا اليوم فما حصدت
فلك نصفه فلا يجوز لان قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم وقيل ان ذلك جائز لانه الاجرة
في الجملة فقد وقع تنبيه هذا جامع المسالة ان كل ما يجوز بيعه على النقد يجوز به الاجارة
به وان يجعل جائز وكل ما لا يجوز بيعه على النقد من البيع بعقد الاجارة به فغير جائز وكذلك
الحكم في الزيتون وان كان بنصف او ثلثه او غير ذلك من اجزائه جاز لجواز بيع ذلك
وان كان بنصف ما يسقط منه اليوم فلا لانه لا يجوز بيع ذلك وانما قال في الجلاب
يجوز استيجار شيء بعينه بنقد او بنسيئة ولا يجوز استيجار شيء مضمون الا اذا كان نقد
في عقد لان الجهالة تتعلق بالذمة وانما تتعلق الحكم بعينه لانه لو تلفت العين لم يكن على
ربه البدل فلما كان لا يتعلق بالذمة فلا فرق بين ان يكون نقدا او نسيئة بخلاف اذا كان
مضمونا فانه لا بد من النقد مع العقد لان النقد اذا لم يتقدم ... ان يكون ذلك دينا بدين
وذلك كالسلم ان تأخر راس مال السلم لم يجز ... الدين بالدين وان نقد الثمن جاز لانه
ينتفي الثمن لان احد العوضين قد تعجل وكذلك في ابل جمال المضمونة اذا شرع في ركوبها
لان اخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه به كما يقوم له في المعاني فانه عوض
بعضه بالدين وان كان المعقود عليه لم يتعلوا كذلك لانه في حكم الموجود لتتابعه واما
جواز اجر المكتري دابة ليحمل عليها شيئا او يحمل عليها غيره مما هو مثله واختلفوا اذا
اكتراها ليركب عليها فاراد ان يكريها من غيره ممن هو مثله في خفته وحذقه بالسير
لان الحمالة تتعذر غالبا في ابن آدم ورب رجل يكون مثل الاخر في الخلقة والهيئة ولا
يشبهه في الخلق في الراية تتاذى بالشيء كذا فلا يكون له ذلك وانما
قال في المدونة يحمل المكتري دابة الى مكان ليبتلد ان يسببها الى غيره وان ساواه في
السهولة والصعوبة واذا اكترى الارض لشيء بعينه جاز ان يزرع فيها مثله او دونه
وكذلك اذا اكترى سفينة لشيء بعينه او اكترى الحمولة لشيء بعينه او الراحلة
للركوب من مثله بعد الموت من غير كراهة او في الحياة من مثله مع الكراهة وكذلك

للمكتري

كمسيل الفتح بكسر ما هو أخف منها لأن المساقاة يقع فيها النقد وفي الجائحة بينهما والتبري من
النماء من تعاون في الاشتراط لا اختلاف وكذا الأرض والحمولة وقد ذكر معهما وإنما قال
مالك إذا اختلفا الزبل كان له أجرة وإذا عطبت السفينة لم يستحق الأجرة وأن يقصد
فيهما البلوغ لأن الأجرة الزبل إنما هي على الاجتهاد والاجتهاد فيه موجود في حال العقد
وموجود في حال الأداء لأنه لا يتبين له عليه أكثر من الاجتهاد لأن الأرواح الغايب عن
القبلة لما كان فرضه الاجتهاد أجزأته الصلاة وإن أخطأ القبلة لأنه فعل ما لزمه
والأجرة في السفينة إنما هي على وصول منفعته دون اجتهاد وإذا تعذرت السفينة بطل
استيفاء الأجرة حاشية قلت وإنما قالوا فيمن اكترى دابة على حمل فيناع الحمل بما ثبت الكراء
بحسب ما مضى من المسافة ولو اكترى لذلك مركبا فعطب فلا شيء لصاحبه وكل منهما أجير
لأن كراء السفر على البلاغ إذا لم يعرف فيه قدر المسافة ولا كذلك الدابة لأن المسافة فيها
معلومة غير مجهولة وإنما قال مالك إذا انهدت من الأرض المكتراة لزم ربها أن ينفق
عليها بقدر أجرة سنة واحدة وقال في المساقاة في البئر لا تلزم إصلاحه لرب
الحائط ويتبين أن العامل من عملها ويكون له الثمر من أول يبتدئ المساقاة وكلاهما عقد لازم
لأن الأرض إذا كانت مكتراة فقد اعتاض ربها بدل المنفعة وعليه أيضا المنفعة إلى المكتري
وفي المساقاة لم يعتض رب الأرض بدل منفعته فلم يلزمه إصلاح البئر قلت وإنما
قال في المدونة لا يجوز كراء الأرض لا يكفيها ماء من ماء ولم ينقد لأنه فيما كراء إذ لا يدري
أيتم الزرع أم لا وأجاز كراء أرض المطر مع أن العلة الجامعة فيهما حاصلة أيضا كما في وادي
البئر لأن غدير المطر يعتد بأن على وجهه وغدير البئر يعتد بأن على وجهه بالصلاح أو بكراء ما
ما يكفيه فاعلم أن قاله ابن يونس وأيضا ذات البئر إنما دخل على القدر الذي تردد وإن لم
يكف زرعه لم يرجع بشيء وفي ذات المطر لم يكفه ما يكفي زرعه سقط عنه الكراء
قاله الباجي وإنما جاز كراء الأرض على أن يزرعها المكتري شيئا معروفا إذا كانت
الأرض مأمونة ولم يجيزوا بيع صبغ على أن يصبغ المبتاع للبائع فيه ثوبا أو ثوبين بعمل
المبتاع فربما نقص له بقدر ما يبقى الثوب من الصبغ مع أن الزبل كذلك لا يدرى ما يبقى بعد
قلع زرعه من الأرض لأن الغرر في مسألة الصبغ قوي لكل المشتري وفي مسألة الزبل هو
في بعض عوض الأرض وإنما نص مسألة الصبغ كراء الأرض بشرط تزبيلها فقال ابن عرفة

وانما قال مالك رحمه الله فيمن غصب سكنى دار دون رقبتها يلزمه كراؤها وان
غصب رقبتها لم يلزمه كراؤها والجميع غصب لان الذي غصب السكنى كانه لم يرد تملك
[illegible] يلزمه ان يرد ما عليه اذا اجرت عليه الاحكام ووجد من يقوم ولا يلزمه في الرقبة
لانه اذا وقع يده عليها على جهة الملك لا على معنى القهر والغلبة فيتصير فلو وقع يده
عليها ضمنها ويلزمه قيمتها ان هدم منها فلما كان الضمان عليه كان كل ما جرى له الحديث
الخراج بالضمان وانما ضمن مالك حامل الطعام اذا لم تقم له بينة على التلف من
غير سببه ولم يضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البينة بالتعدي وانه فعله لان العادة
جارية ان الاكرياء يسرعون الى الطعام الذي في ايديهم لرفاهة انفسهم ولما يعلمون من ان
اشراف الافذاذ والمروءات تأنف من اكلها لنبهتهم بشدة الحاجة التي للاشياء الغريبة مع كرهها وعزة
نفوسها فيمنعهم ذلك عن التعدي ولو لم يضمنوا لتسارعوا في اخذه اذ لا [illegible] عليهم فيه وكذلك
ينفع الناس من الحمال وتدخل عليهم المضرة وتدخل على الحمالين مضرة في ترك الحمل ولذا روي عن
علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه ضمن الاجراء الصناع وقال لا يصلح الناس الا هذا
والعلة انما هي كونه لامر الطعام فاما غير الطعام فلا ضمان عليهم فيه لعدم العلة في
الضرورة الداعية الى اقامة الارفاق به وكذلك دلت الاصول على ما كان فيها الرهون ليس
[illegible] في غير [illegible] في الجنس الواحد واجاز ذلك في غير الاقوات وان كان جنسا [illegible]
[illegible] تنبيه قال بعض المحققين من المشايخ فيستشكل تضمين الحمال ليس
الطعام [illegible] الذي بيده [illegible] الى الطعام ولا تنتقل الحرمة [illegible] من ذلك الطعام وان كان
ذلك في الحاجة [illegible] بالمغرب [illegible] بلدانا وانما
ضمن مالك الصناع المنتصبين فيما لا تقوم لهم به بينة بالتلف من غير تسببهم ولا تعديهم
ولم يضمن سائر المستاجرين والمستودعين لان الصناع انما قبضوا الشيء لمنفعة انفسهم
ولم يجز ان يجري مجرى المودع الذي يقبض الشيء لمنفعة المودع فلهذا المعنى ضمنهم مالك
وايضا في تضمينهم مصلحة ونظر للصانع وارباب السلع وفي ترك الضمان عليهم ذريعة
الى اتلاف الاموال وذلك ان بالناس ضرورة الى الصناع اذ ليس كل احد من الناس يحسن ان
يخيط ثوبه او يقصره او يخرزه فلو قبل قولهم في التلف لعلمهم بضرورة الناس اليهم لوشك
ان تنبسط ايديهم على اموال الناس فلا بد من الضمان ان لم تقم البينة على الهلاك تنبيه

المستأجر الذي يقبض الشيء لمنفعة نفسه

قال بعض محققي الشيوخ الاندلسيين ووقع مختارا الا على قصد التمليك الاثمار وفي قول
مالك في الرهن والصناع استحسانا وقياسا على العارية لانه انما قبض لمنفعة نفسه وقد
جاء انها مودات قال وقد اشكل على قول بعضهم في دعوى الرد مع انهم يقبضون بغير بينة
عادة غالبة فكيف لا واذا صدقوا في دعوى الرد فهم في دعوى الضياع احرى وما يقال
لهم لو ضمنوا لامتنعوا الى كل اقوال الناس او اضطروا اليهم الى ما يضيع بهم وقد كذبوا العيان
لا رغائب مروءة الا مشكوك فيه الى فهما المشرق لا يضمنونهم ولم يقع فيه شيء من ذلك
لا قلة بهم على اسباب وحاشيهم مع ان اولاء الصناع شر من اولاء بكثير على ان تقرير
الا نسيان والصلاح امور الناس وغيرة لك مما خالف الاصول الشرعية وبهم لا حقيقة
انما زين لمستحسنين ان يتجزوا على مخالفة اصول الدين وقواعد المذهب والا فما اتفق
على اهل البلاد الذين لا يضمنونهم ولا فسد من رافعوا اليهم على انتفاعهم وفساد احوال الناس
بما بلغ حتى خرج احوال المرتفعين بمكر اهل المغرب المضمنين وانما قال ابن رشد من دفع
جلدا للخراز ليعمل له منه خفين او شقة ليقطع له منها قميصا ولم يبين له صفة ما
يعمله بحمل صفة تشاكل مثله ان ذلك لا يلزمه ولو اعطى ثوبا للصباغ يصبغه ولم
يعين فيه اللون بصبغة لونا يشبه كله ان ذلك لا يلزمه في بعض الثوب لانه لم يامر بذلك
اللون مع ان الخراز والخياط لم يامرهما بذلك ايضا لان الخف لا مر مثله كلها قريب
بعضها من بعض والالوان متباعدة متباينة الاغراض لذلك قاله ابن رشد وابن
رشد وانما اجاز مساقاة حوائط مختلفة في صفقة واحدة وجزء واحد ولا يجوز
على اجزاء مختلفة لان ذلك زيادة زاده احدهما على الاخر وذلك ممنوع وانما
قال مالك تجوز اجارة المدبر ولا تجوز اجارة ام الولد والكل ممنوع من بيعه موقوف
نفوذ عتقه على الموت لان عتق ام الولد اقوى وايضا عتق ام الولد ثابت في الحاضر وانما
بقي له فيها المتعة والمدبر خلاف ذلك بحكمه حكم الوصية في كثير من احكامه وانما
قال مالك اذا قارضه على ان يسلف احدهما للاخر كان للعامل اجر مثله واذا قارضه
الى اجل او بشرط الضمان وجب فيه قراض المثل وفي كلا الموضعين قد شرط كل منهما في القراض
ما ليس منه لان القراض الى اجل او بشرط الضمان قراض لم ينضم اليه غيره فلم ينقله عن
حكم القراض والشرط كذلك في شرط السلف لانه من غير القراض اذ هو معنى انضم اليه

غيرها فتغفله عن حكمه وايضا فالسلع زيادة ازدادها على ان خرو القراض
اذا دخلته الزيادة انما فسدته وليس كذلك في ابن جلو الضمان لانه ليس بزيادة
ازدادها احدهما فلم ينقل القراض عن حكمه وايضا فان ذلك لا يجوز ان يدفع
البيع فالبين بين غير مختلطين على ان كل واحد على حدته واذا دفع البيع فلا فاشترى به
سلعة فما يجوز ان يدفع البيع فلا فاخر فيشتركا او لا يخلطه بالاول سواء اتفق الربح
او اختلف وفي كلام المدونة ما لان من غير مختلطين لان رب المال اذا دفع البيع فليس
وشرطهما ان لا يخلط احدهما بالاخر واختلف الربح فهو غرر لانه يجوز ان يربح في احدهما ويخسر
في الاخر فيكون قد جبر احدهما الاخر فيذهب عمله باطلا فيما لا يربح فيه ويأخذ ربح مال
رب المال فيدخل الغبن على رب المال لان رب المال دخل على انه يربح في كل مال ولا يستبد
العامل في منفعة احد المالين دون الاخر وليس كذلك اذا اشترى بمال الاول السلع لانه
بذلك قد حصل له حكم نفسه اما من ربح او خسارة فلا يؤخذ له مثل العذر فما دخل في الاول
اذ قد اشتغل العامل بمنفعة المال الاول ان كان فيه منفعة او كان فيه خسران فهو على
رب المال لا تعلق له بمال الثاني بالاخر وايضا فقالوا لا يجوز القراض بالتبر والنقر بعينه
فلذلك فيضبطه ثم رده ثم دفعه اليه فان ذلك جاز وكذا ان كان له على رجل دين فقال اسلمه في
طعام ثم قبضه منه ثم برده وقال فيمن له دين على رجل ثم فقال له انه لا يعجل له
البيع سلما في طعام يقرب ذلك لان رب الدين يعد في الاول من ضمنه الى اجله وفي الثانية
من ضمانه ثم وايضا جوزوا في المدونة للعامل القراض ان يخلط مال القراض بماله او يجوز
بمال غيره ولم يجوزوا له ان يشارك بعين المال لان المال في الخلط لم يخرج من يد العامل
رب المال بخلاف الشركة وايضا فقال ابن القاسم فيمن اخذ قراضا فاشترى به كتانا فاشتراه
فيمن المال ثم يقول انه فتعد ضامن وقال له ان يشتري الاغنام وكان فيكتبه ولا يكون متعديا لان
الاول لا يقصده الناس في الغالب لانهم انما يقصدون التجر وليس الكراء بتجر فكان من
شراء الاغنام والبقر والبذر وايضا لم يجعلوا للعامل القراض ان يقارض غيره وجعلوا للعامل
المساقاة ان يساقي لان العمل في القراض مبني على الامانة وقد لا يرضى رب المال بالثانية
بخلاف المساقاة فانها عمل فيما لا يغاب عليه وايضا منعوا عقد القراض مشكلا وعقد
المساقاة لان عقد القراض مما لم يكن موقتا شابه الكراء فشابه الجعل او المساقاة وايضا فان

لما كانت كالوصية المعينة لشركة الحاجة وانما جعلوا للورثة عامل القراض الامناء ان كانوا امناء او اتوا بامين ولم يجعلوا ذلك لورثة المستاجر المعين لان القراض لما كان كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئا الا بالاتمام ارتكبت فيه اخف الضررين وهو تمكينهم من العمل بخلاف الاجير فانه اذا مات بعد الشروع في العمل يجب للورثة بحساب ذلك من الاجرة وانما قالوا اذا اشترط العامل في المساقاة معونة رب الحائط يكون العامل على مساقاة مثله واذا اشترط في القراض معونة رب المال يكون له اجر مثله لا قراض مثله والجميع شرط فيما لم تستنه العوائد فيه معا لان اشتراط ذلك في القراض اشد فسادا اذ صار يترك مع العامل يتصرف ويبيع ويغيب على ذلك فصار القراض كانه في يده ولم يسلمه للعامل الا على امانته وفي المساقاة الثمرة في رؤوس النخل لا يغاب عليها فاثر بها على الثمرة فليس لرب الحائط فيها منه شيء من الثمرة ولا غيبة على شيء فيها فكان ذلك اخف من المساقاة فلم يجعل اجيرا وكان له مساقاة المثل فافهم اهـ

فروق كتاب الحجر والتفليس

وانما قال مالك اذا استدان السفيه ثم رشد لم يتبع بالدين وانما لا يستدان الدين العبد ثم اعتق فذلك الدين اذا لم يكن السيد اسقطه عنه قبل العتق وكل منهما محجور عليه لان الحجر على العبد حق لغيره وهو السيد فاذا زال حق السيد لزم العبد كل ما كان ممنوعا منه لحقه والسفيه انما ضرب الحجر عليه لنفسه فاذا لم يلزمه الدين في حال الحجر لم يلزمه بعده لانه هو ما ينبه لان في الزامه الدين ضياعا للفائدة في الحجر لان فائدته حفظ ماله فاذا الزمه الدين لم يوجد الحفظ والعبد لا يوجد منه العتق فيه فافترقا وانما قال مالك يجوز للسفيه الوصية بالعتق ولا يجوز له ان يعتق بتلا والبكر عتقا لان السفيه انما حجر عليه لئلا يضيع ماله ويبقى فقيرا لا مال له وما خشي منه يوجد في تبتيل العتق ولا يوجد في الوصية وانما قالوا في المغيرة اذا اعتقت المراة ذات الزوج اكثر من ثلثها فان للزوج ان يرد الجميع واذا تصدقت باكثر من ثلثها و   للزوج الا فيما زاد لان العتق لا يتبعض وانما جعلوا للزوج المراة اذا تصدقت باكثر من الثلث ان يرد الجميع ولم يجعلوا لورثة المريض باكثر من الثلث ان يردوا الا ما زاد على الثلث لان الزوجة حكمها استمرار حكمها بانشاء الثلث

قوله اذا استغرق العبد ثم اعتق فذلك الدين [illegible]

الثلث ثانيا بطلان الجميع فانه لو ابطلت الجميع لم يحك اشتراك الغرض ثم ان الحجر
وايضا المرأة جعل ذلك معها ثابتا فلا تتبرع عن اخراج ما فوق الثلث فيما بعد
وليس كذلك المريض فانه لا يحكم بعوده فيتصرف بالثلث من بعد فلما تعذر ذلك فيه
لم يمض الا ما زاد على الثلث. فتنبيه: ذهب بعض المتاخرين الى ان الزوج
انما يمنع زوجته من الزيادة على الثلث في المال الذي كان معها في حال عقد النكاح
لان الزوج زاد في الصداق من اجله ويستدل لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام تنكح
المرأة لمالها الحديث وكلام المذهب ان ما فوق الثلث للزوج حق فيه فيما تملكه سواء
تملكته قبل النكاح او بعده. واختلف اذا تكرر منها العتق والصدقة بالثلث في كل مرة وافترقت
هل يبطل جميع ذلك او يجوز الجميع او التفصيل بين ان يبعد ما بين ذلك ام لا فان بعد جاز
ذلك كله وان تقارب رد كله وان توسط رد الاخير فعلها ومنزلة البعد نحو شهر ونحو
جعل القرب كاليوم واليومين فيبطل الجميع والطول ستة اشهر فيجوز الجميع والمتوسط
بالشهر والشهرين فيبطل الاخير فقط. فرع: اختلف هل تحمل هبتها على الضرر او على
القربة وفيما اذا تلفت في ابطال الجميع او الزائد على الثلث فابن القاسم حمله على
الضرر في المدونة فابطل الجميع وقال اذ لا يجوز امضاء بعض الضرر ورد بعضه وحمله
ابن نافع على القرب فابطل الزائد واختاره الشيخ ابو الحسن اللخمي رحمه الله. وانما
لزم الزوج ان تنفق على ابويها وان جاوز الانفاق الثلث وليس لها ان تتصدق الا بالثلث
لان الانفاق على الابوين يوجبه الحكم ولا كذلك غيره. وانما منعوا الحمالة دون
الزوج باكثر من ثلث مالها وجوزوا ان تضمنه لان الغرض منع الحمالة وفي الحمالة هي
المطلوبة قاله ابن محرز. وانما لزم الطلاق باتفاق واختلف في لزوم عتق امة للام
ولد لان الولد يترقب فيما اذا الحاق بالجناية عليهما ولا كذلك الزوجة. وانما
يلزم من الاستلحاق ولا يلزمه اذا اقر بالمال مع ان في استلحاقه اثبات وارث ودفع
مستلزم للاتلاف المال لان استلحاقه الوارث وان سلم فيه اثبات المال لكنه لما يعرف له
لانه بعد الموت بكان كوصيته. وانما جعلوا محجور الوصي لا ينفك عنه الا بحجة
اذنه الا بالاطلاق ولا ينفك بالبلوغ وان شهر صلاح محجور الاب فانه ينفك بهما مع ان
الوصي فرع الاب لان الاب لما اراد خلفه ولاية الوصي صار حجرا لا تفك لوجود عليه الحجر

بمرارته البلوغ وهو لو حجر عليه لم يحجر جدا ابه بابه كطلاق والله اعلم وانما قالوا
يستحب للمراة اذا رد الزوج عتقها ان تعيده او تصدق به ولم يستحبوا للعبد اذا رد السيد
عتقه ثم عتق ان يعتقه لان الزوجة من اهل التبرع بالعتق ولا كذلك العبد لانه لو اعتق كان
الولاء للسيد دونه وايضا المراة تتصرف في ثلث مالها وفي جميعه عند الشافعي وكانت
اقوى بخلاف العبد وانما رد الزوج رد ابطال ورد الغرماء رد ايقاف لان الزوج تعلق حقه كان
بعين مال الزوجة للتجمل به ولم يتعلق حق الغرماء بعين مال الغريم وانما تعلق بذمته
وانما اعتاق المديان لام ولده اقوى من اعتاق السفيه لام ولده لان نكاح المديان صحيح كان
انما حجر عليه في مال مخصوص ولو سقط الدين الذي بالسبب زال حجره والسفيه محجور
هي عليه من اكثر الوجوه وكثير من اهل العلم لا يزيل حجره بانتقاله لحالة الرشد حتى يحكم القاضي
بانفكاكه قاله ابن عبد السلام وانما جاز للماذون بيع امته بغير اذن سيده ولم يجز
بيعه ام ولده الا باذن سيده لان ام ولده قد تكون حاملا وحملها للسيد فكان فيه بيع عبد
لسيده بغير امره وايضا العبد اذا اعتق تكون له ام ولد على قول قائل فلا يجوز له بيعها
لذلك الا باذن السيد تنبيه لا يقال يلزم على الاول ان لا يبيع كل امة وطئها الا
باذن سيده لان الوطء فيكون الحمل لانا نقول ام ولده قد تحقق انه للسيد بالولادة ها
المتوقع وكل ذي بدا او قيمة للولد قلت يلزم على الاول ايضا انه لا يكون من
بيعها في دينه الا باذن سيده والمنصوص خلافه قلت لما كان مستقلا والحمل موهوما
ومن علت للعبد فلا يترك الامر المحقق من اجل امر موهوم فلا وجه لاستئذان السيد في امر
متحقق وهو انما بيعها في الدين بعد استبرائها قلت يلزم على الثاني ايضا انه لا
يجوز بيعها وان اذن سيده قلت اذن السيد في بيعها انتزاع وفيه بحث ونظر كما يليق
وانما قال مالك لا يحل ما للمجلس او الميت من دين ويحل ما كان عليهما من دين مع انه في
لو كلا الموت مقدر للاجل بالا لان الديون التي عليهما تتعلق بمحلها الذي هو ذمتهما ولم يؤخذ
الديون بعضها الا دون ذلك اذا شغلا كبير ولا كذلك الديون التي لهما لان ذمتهما باقية ومن
عليه ذمة من هي ماجنا فلا وانما لم يحل الغرر والمؤجل بالطلاق وحل بالموت مع ان الجميع
من الحور لان الزوجة في الموت لم تتزوج غيره بعد زوجها الميت ولا كذلك الطلاق فان ذلك
الزوج لم تعدم وانما للابنة للمشتغل وما القضا عادة الا ما يشترى به عورته ويستر به

حوانته وينزل للمرابط والمجلس لبيعه فيه وتوبي جمعته اذا لم يكن شيئا كبيرا وقد
يعيش به هو واهله الايام لان الغرماء انما عاملوا المجلس بالاختيار فمنهم من دخلوا معه
على ان يلبس ما يشبهه وينفق على اهله ويعيل له بخلاف هؤلاء الذين لم يعاملوه ومن
دخلوا معه على ذلك ولا اذنوا له في شيء منه قاله ابن رشد وابو حامد وانما في
تجوز فعل ما فيه مشتغل الذمة ويجوز فعل ما فيه من احاط الدين بماله لان الغرماء قد
دخلوا معه على انه يبيع ويشتري فهو فتكلوا على ذلك ما لم يضربوا على يديه ويجلسوه
بخلاف المشتغل ولذلك لا يجوز له ان يقضي بعض اهل تباعاته دون بعض ان علموا منه
قاله في الاجوبة وانما قال قال لك يقبل اقرار المجلس بدين في المجلس او بعده بالقرب
ولا يقبل قوله بعد بعد لان الغالب في حوض يعامل الناس انه لا يستحضر جميع ما عليه
في وقت واحد الا بتفكر وانما قال لا يستاجر مشتولي ته ويستاجر فرد بيته لا المستو
لم يتوله فيه الا الاستمتاع بخلاف المدبوله فان له مواجهتها البقاء المحوفة له فيهما
وانما كان البايع اسوة الغرماء في الموت ولا سبيل له الى السلعة وفي التفليس
بالخيار مع ان الذمة قد خربت فيهما لان ذمة المبتاع قايمة موجودة يرجع اليها
ساير الغرماء ولا يبطل حقهم وانما يرجعه عما رضيه ولا كذلك اذا مات لانه قد بطلت
ذمته بكل وجه فلم يجز ان يجعل صاحب السلعة اولى لانه يبطل حق ساير الغرماء ووجب
النظر للفريقين جميعا فوجب ان يتساووا في املاكهم وايضا فان البايع اولى بالعوض
في المجلس للاثر الذي جاء وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما
رجل باع فافلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه منه شيئا فوجده بعينه فهو احق
به من غيره فان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة الغرماء رواه ابن شهاب عن ابي
بكر بن عبد الرحمن بن الحارث تنبيه قال بعض الشيوخ هذا الحديث ضعيف من
وجوه منها ان ابا الحسن يقول الذي روى الحديث وهو مجهول وفيه ايضا ابو خلدة وهو
مجهول مشكوك فيه والحديث لا يعمل به وليس مما ينبغي ان يحتج به لضعفه وانما
قال في الزوجة اذا مكنت الزوج من نفسها ليس لها منعه حتى تقبض الصداق ولو فلس
الغرماء عليه بل ينبغي لها الا المحاصة وقالوا في البايع ان سلم السلعة للمشتري كان
احق بها لم تفت ويختص بها دون الغرماء مع ان الدخول على الزوجة كقبض السلعة لان

السلعة كانت مما يتمول ولا خذها فايدة كان له كذلك فعاوضة عما يجب له من الثمن
والزوجة لا فايدة لمنعها نفسها بعد الدخول بها لأجل الصداق واذا لا فأخذ منفعتها فيما
يجب ثمنه لا يفيد الدخول على البراءة كتفويت السلعة في الفلس وليس الدخول كالقبض
لانه تعذر فجعل مالك في المدونة قبض السلعة في بيع الامة امور كالدخول على
الزوجة في النكاح الوليسي والله اعلم وانما قال مالك اذا باع امة فولدت عند
المبتاع ثم افلس المبتاع بعد موت احدهما كان البايع بالخيار ان يأخذ من وجد منهما
بحصته من الثمن الاول او تركه والضرب مع الغرماء بجميع الثمن لان الموت لا ينتفع المشتري
فيه بشيء فلذلك يؤخذ من بقي بجميع الثمن اذ لا سبب للمبتاع في موت من مات والبيع من
سبب المبتاع وحصل له الانتفاع بما نزل في ثمنه من ثمن المبيع فلذلك يؤخذ من بقي
بحسابه ويضرب من بقي مع الغرماء وانما قال مثلا في بيع احدهما انه يأخذ من وجد
منهما بحسابه من الثمن الاول اي تعتبر قيمته لا يوم الحكم ثم تجزئ بينهما من ثمن الامة فيأخذ
فيها ويضرب بما بقي له ان شاء اخذ الحصاص بالثمن كله وقال في السلع ان بيع بعضها
ان الباقي يؤخذ بحسابه من الثمن ولا تعتبر قيمته لان السلعة بعد بيعها تجزئة ما بقي فله
فيه بيع ربع النصف عن حسابه من الثمن وكذلك الثلث والربع وليس كذلك الامة والولد
اذ لا نسبة من الام والولد للام من الولد فلم يبق الا القيمة وانما يأخذ البايع الولد مع
الام ولا يأخذ الثمرة المنتفعة مع الاصل لان الولد كالجزء من الام وليس كذلك الثمرة فانها من
الخراج التابع للضمان وانما يأخذ البايع الثمرة مع الاصل في التفليس ما لم تجد و
يأخذها الشفيع في الشفعة الا ما لم تيبس لان الثمرة في الشفعة متعلقة بالفصول
يعني كان عقد الشجر وفيه نظر وانما اتفقوا على اخذ الصوف قبل الانفصال واختلفوا
في الثمرة قبل الانفصال ومذهب ابن القاسم وغيره انه لا يأخذها اذا ابرت لان الصوف
يكون للمشتري بمجرد العقد والثمرة انما تورث لا تكون له بطلوع العقد وانما يسترجع البايع
الصوف مع الغنم اذا جز وكان قائما بعينه ولا يسترجع الثمرة مع الاصل اذا جذت وكانت
قايمة ولا كذلك من الثمرة او لكل منهما حصة من الثمن يوم البيع لان الثمرة لو
بعد الجد لكان المشتري واخذ منه ثمنا بالبيع لا سيما اذا قلنا ان في التفليس
كابتداء شراء وان تغير فهنا عن كونها العين المبيعة ولا كذلك الصوف لان ذلك

جزء مشاع كسلعة ثانية مع اصله قاله الامام ابو عبد الله المازري رحمه الله فقال وهو
اصح قولي بعض من بعده وايضا الثمرة لما لم تدخل في البيع الا بشرطها اشبه مال العبد ومن كان شراه
والبائع لا ياخذ مال العبد بعد انتزاعه فكذلك الثمرة بعد جدها والصوف لما دخل في البيع
دون شرط كان كجزء من المبيع فصار كثمن في الجميع فلا يمنع اخذ جميعه قاله ابن يونس وانما
قال فذلك اذا باع غزلا وعرصة فنسج المبتاع الغزل او بنى العرصة ان البائع يكون شريكا
بقدر قيمة الغزل والعرصة من الثوب والبناء واذا استحق عرصة بعد ان بناها المشتري
فمنه فلس للمشتري ان يعطي قيمة البناء وتكون الارض والبناء له فاخرج البناء عن ملك
بائعه في الاستحقاق جزءا او لم يخرجه عن ملكه في التفليس لان المشتري في الاستحقاق غير متعد
لانه اخطا في اعتقاده وبنى في ارض لا يملكها في ظاهر الحكم بخلاف المشتري في التفليس فانه
بنى في ارض مملوكة له ملكا تاما قاله المازري تنبيهان استشكل بعضهم عدم الفوات
في الغزل قال لانه لا يسمى بعد النسج غزلا وانما يسمى ثوبا او رداء كما ان الثوب اذا فصل
سمي قميصا او سراويل او جبابا والجواب ان اهل المذهب لم يجعلوا المعتبر انتقال الاسم
وانما جعلوه انتقال الغرض ولم ينتقل هنا وقال ابن عرفة القياس كون النسج فوتا كمن
غصب غزلا فنسجه ثم استحق فانه يكون الحق للمغصوب منه والمشتري كالبائع في التفليس
الثاني وانما اختلف المذهب فيمن اشترى ارضا فبنى فيها ثم اطلع على عيب هل يكون بناؤه
فوتا يمنع الرد ويرجع بقيمة العيب اولا ولم يختلفوا فيمن اشترى ارضا فبنى فيها ثم فلس
انه لا يكون فوتا وللبائع ان يشارك بقيمة العرصة او يدفعه لان العيب وجد بتدليس
البائع او تفريطه اوجب له على المشتري علقة وذلك مفقود في مسئلة الفلس والله اعلم
وانما قالوا اذا فلس مبتاع عرصة بعد ان بناها فانهما يتحاصان بقيمتها او شركة
الغرماء فيها فبقيمة بقيمتها وهم بقيمة بنائها وفي نسج الغزل مثله واذا قطع الجلود والثياب
كان فوتا ونعتبر الضرب مع الغرماء لان الرقعة والغزل قائم بعينه الا انه زيد فيه غيره وقطع
الجلود والثياب نقص منه فافترقا قاله ابن رشد تنبيه قال ابن رشد ومقتضى
القياس على ما عليه في الجارية يصيبها عور او عمى او الثوب يبلى او يبلى ان لربه اخذه بكلا منه
الا ان يكون قطع الثوب والجلد فوتا وان لم يجز اخذهما الا ان يكون فيهما شريكا كالبناء في العرصة
وانما قالوا اذا زرع المشتري البذر ثم فلس فللبائع ان يحاص به وفيما هو احق الغرماء بعد رايه

ولو جنى العبد المشترى ثم فلس المشترى فللبائع اخذه ان يفديه لاكن لا يفديها من الغرماء
بعد ادائه والجميع بداء لان ارش الجناية لم يكن متعلقا بذمة المجلس لانه كان له ان يسلم
العبد في الجناية وله ان يفتكه بخلاف دين المرتهن لانه كان في ذمته فلذلك افترقا وانما
لا تحاص الزوجة غرماء زوجها اذا افلس بصداقها تغرمونه مع ان الجميع دين
مداولان الزوج اذا مات تكلمت ذمته فيحاص مع الغرماء في الموت اذ لا ذمة تعود
اليها وان المفلس ذمته باقية فتتبعه في حال اليسر والعسر وانما قال مالك من
استؤجر على صنعة فصنعها ثم افلس رب السلعة ان صاحب الصنعة اولى بالسلعة
حتى يقبض اجرته واذا استؤجر على رعاية غنم او حفظ متاع ثم افلس مستاجره ان الاجير
اسوة الغرماء لان الصانع اثره في عين السلعة فصار بمنزلة من باع سلعة فافلس مبتاعها
ثم وجدها انه احق بها وكذلك اذا اكترى ارضا فزرعها ثم افلس او مات قبل ان ينقد
كراءها فرب الارض احق بالزرع الذي فيها حتى يستوفي اجرتها لان الارض حائزة لما
فيها وكذلك اذا اكترى دارا سنة ولم ينقد كراءها وسكنها بعض السنة ثم افلس او
مات فرب الدار احق بما بقي من مدة الكراء ولا كذلك ان استؤجر على الرعي والحفظ لانه لم
يؤثر في عين الغنم ولا المتاع بالحفظ والرعي شيئا وانما يثبت التاثير فيما كان الثوب
وكمده وكسره وتشبيه وضمه وشبه ذلك واما رعاية الغنم او حفظ بستان او متاع
فهو فيها بالاجرة مع الغرماء لانه لا اثر له في ذمته وانما كان المكتري احق بالزرع
في الكراء المضمون او فيهما سواء كان المكتري بعينه قبض الدواب ام لا ولا يكون الراعي
احق بالغنم ان فلس ربها بعد قبض الراعي لان الراعي هو لم يتعلق بعين الدواب حتى
يوجب بذلك ان يكون حقه في ذمة المكتري بخلاف الركاب فان بقبضهم للدواب تعلق لهم
بها حولا زركوبهم عليها فصارت كالمعينة وكان تعلقهم بالصانع بعين المبتاع قاله
ابن يونس وانما كان مكري الدابة احق بما حملت في الموت والفلس وان لم يكن معها
ولم يكن مكتريها الدار وانما كان احق بها فيهما في الفلس والموت بل هو اسوة الغرماء
لان كمهو الدواب حائزة لما عليها وكانها قابضة للمتاع كقابض الرهن وايضا
في حملها من بلد الى بلد تنمية للمتاع والسفينة كالدابة وانما لا يجوز عتق من
احاط الدين بماله ولا هبته ويجوز قضاؤه لبعض غرمائه دون بعض لان قضاءه لبعض

في جنايته
وتفاصيلهم
بعد

الصنعة

عوض

بة

له

غرمائه دون بعض يؤدي الى التهمة به في معاملاته واذا عومل ثم مات قاله الداودي
عرفة رحمه الله تنبيه بهذا العزو ينقض الرد على القاضي ابي محمد عبد الوهاب
في نقله عنه وسببه على الخلاف في قضائه بعض غرمائه

فصل وفي كتاب الحمالة

وانما قال ابن لبابة لو باع رجلان سلعة على ان كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز
ولو اشتريا ما على ان كل واحد منهما حميل بما على الآخر جاز لأن المشتريين لو وقع البيع
السلعة على احدهما فما عليه وعلى صاحبه لجاز لأن كل واحد منهما لما تحمل بما على صاحبه
صار كالوكيل له على نصف السلعة ولو دفع المشتري الى احد البائعين جميع الثمن لبرئ كل
منهما حميل بصاحبه جميع الثمن وانما اشترط الحوز في الهبات ولم يشترط في
الحمالة على المعروف مع ان الجميع تبرع لأن الهبة لم يتعلق بها حق سوى حق
الموهوب له واما الحمالة فهي هبة لمن عليه الدين بان يقضي عنه دينه لم يرجع
به عليه اذا ايسر ولكن تعلق بهذه الهبة حق لغير الموهوب له وهو المتحمل له وهو المستحق
للدين وهو غير الموهوب له فصارت الهبة فيها كالمعوضة لزوال يد الموهوب له فيها
وحلول غيره محله فصار هذا كالحوالة والحوالة فيها شبه كالعتق من الموهوب له
فلهذا افترقا وقد اختلف المذهب فيمن وهب سلعة لرجل فلم يقبضها الموهوب له
حتى باعها من رجل آخر ثم قام الواهب وشبه في ذلك فقيل يبطل الهبة لعدم الحوز
وقيل بل تصح لتعلق حق المشتري بها والمشتري لم يشتر من الموهوب له وانما يستحقها عن
معاوضة وعقود المعاوضة لا تفتقر الى حيازة ومن هذا المعنى مسألة المدونة
في القائل لرجل داين فلانا وانا حميل به فان الحميل يسأل ان يحلف بالله
على التحمل به فان ذلك يؤخذ من تركته ان افلس به على الخلاف المذكور قاله الامام
ابو عبد الله المازري رحمه الله تنبيه الاشياء التي لا تتم الا بالحيازة
الرهن حبسا والصدقات والهبات والعمرى والعطية والمنحة والعرية والاشكال والعرية
والعارية والارفاق والعمرى والاخدام والنحلة والحبا والرهن وضابطه كل ملك
انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته واختلف في الزيادة في ثمن السلعة وهذا اول الاقالة والتولية
مما يلحق الا ان اجاز الورثة ذلك بعد الموت وانما منعت الكفالة في

الحدود وجازت في سائر الحقوق مع ان الكفالة انما على الكفيل لانهم الحدود يجوز
اخذها من الكفيل والحدود لا يجوز اخذها من الكفيل وانما توخذ ممن وجبت عليه تنبيه
وهذا كله في الحدود التي هي من حق الله سبحانه وتعالى الثابتة بالبينة كالحد
في الزنى وشرب الخمر والقذف واما لو كانت الحدود التي هي من حق الله سبحانه
انما ثبت بالاقرار لكان التكفيل بالطلب للمقر جائز على القول عندنا ان للمقر الرجوع عن
اقراره وان لم يكن له عذر ولا شبهة وكذا على القول بان من وجد به كالرجوع عن اقراره وقد
اختلف الرواة في حديث الغامدية هل كفلها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين
اقرت بالزنى وهي حامل حتى تضع حملها ولم تكفل وهو جار على هذا الاصل وانما
لا تصح الحمالة بالكتابة وتصح بغيرها لان الكتابة ليست بدين ثابت على المكاتب والحميل
يحل محل من تحمل عنه فلو كان الدين ليس بثابت على الاصل فاحرى ان لا يثبت على من تحمل عنه
وتبع له وهو الحميل وانما قال اشهب فيمن قال لرجل كاتب عبدك وعلي مائة دينار يجوز
ولا يجوز ان يتحمل بالكتابة مع ان المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب فاذا عجز ولم يحصل
له العتق وجب بطلان الحمالة فلذلك بطلت من اول الامر كاتب عبدك على ان اتكفل لك حميلا
بالكتابة فقد اتكفل حميلا بدين قد لا يثبت فلم يصح ذلك لما قدمناه لان المقصود من
الحميل حصول العتق وذلك يحصل علاوة العتق والله اعلم ومسالة اشهب انما وقع العقد
فيها على ان تنشا الكتابة ومن وقع حقه في بيع العتق وهذا ما فيه تنبيه لا يجوز
الكفالة في ثمانية اوجه وهي الكتابة والحد والقصاص والحدود والتعزير وفيما يتبع
بعينه والاجارة للاجير على ان يستعمله على ان يحمله بنفسه وحمولة دابة بعينها
وانما قالوا بسقوط الحمالة على المعروف من المذهب اذا مات المتحمل بوجهه في الاجل
واذا تغيب عن البلد او فيه فلا تسقط والغرامة لازمة لان الموت لا يقدر اكتسابه ولا التحفظ
منه لعدم القدرة البشرية على دفع الموت عمن وقع عمله ونحوه ولا كذلك التغيب فلا بد
مما يكتسب ويكتسب التحفظ منه وانما اخذ الحميل بالوجه ليتحفظ من تحمل بوجهه حتى لا
يغيب فاذا غاب توجهت الغرامة لانها انما اخذت الحمالة لما تقدم والقصد من الغرامة
وان القصد منها تحصيل فائدة الذمة من المدين تنبيه لو وقع الموت بعد ان تغيب
المتحمل بوجهه فان المذهب على قولين احدهما سقوط الحمالة بالموت الثاني
ان الموت بعد اجل لا يسقط هذه الحمالة والى هذا ذهب ابن القاسم ولكن ان

يثبت بالاقرار

الشلطان حبس المتحمل بوجهه تعزيرا عليه ومنع عنده ولا سبب فيه للغريم
فقال القرافي انه فيه مجرى عقوبته ومؤنته يسقط الكفالة وكذلك اذا كان
من ادعى مثلا لبس من الغريم ولا سبب له فيه وانما لا يغرم حميل الوجه
اذا اثبت فقر المتحمل بوجهه وكان حاضرا ويغرم اذا اثبت فقره وهو غائب لان الحكم
بتفقيره انما يتوجه مع الحضور افاده الشيخ ابن عبد السلام ولا كلام لو كان فاذا كان
حاضرا او ثبت فقره وحلف سقطت الكفالة لاستيفاء شرائط الحكم بالفقر واذا
اثبت الكفيل فقر الغريم وهو غائب فقد مر فيه الحكم بالفقر في غيبته وان شهدوا به
مع غيبته فيتعذر وان كانت تنزع اليمين فيه استظهارا لاجل التهمة بانه اخفى فلا
وفيه الاستظهار والتهمة ليس فيها من القوة ما للذي بان الواجبة على الزعامة
الحقيقة وانما قالوا في السلم انه لو الذي لم يعين فيه القبض بموضع مخصوص
ان القبض يكون بالبلد الذي وقع فيه العقد واذا وقعت الحمالة بوجهه ولم تعين
موضعا يحضر فيه الغريم فان الحمالة تسقط اذ الاحضار بموضع يتمكن فيه من الطلب
او موضع كان لان السلع لاختلاف البلاد في اسعارها فيها اغراض للناس الا ترى
انه لو باع سلعة بدنانير الى اجل فحل الاجل واجتمعا في بلدة اخرى فانه يقضى
بالدنانير لعدم اختلاف الاغراض فيها باختلاف البلاد بخلاف غيرها فان للناس
اغراضا تختلف باختلاف البلاد وتسليم الكفيل لوجه المكفول بوجهه يحصل الغرض
فيه للمكفول له في سائر البلاد وانما قالوا في الكفيل بالوجه اذا زعم المضمون
انه امره بالخروج في طلب الغريم انه يصدق في ذلك اذا كان بعد مدة يمكن ان يخرج
ويرجع فيها واختلفوا في الاجير على توصيل كتاب الى بلدة اخرى فقال يصدق من يدعي
في دين اخر ان الرسول على توصيل كتاب محاول حيز له دعوى الاثبات في ذمة اخرى
والديون لا تثبت في الذمم الا ببينة ولا كذلك الحمالة فانها لا تثبت بدعوى
دين على اخر وانما هي راجع تفسيره مما الشرع من الطلب وهو مما لا يذكر فيه افادة
البينة وكان الغريم والمكفول له اختلفا على تصديق الكفيل قام منها فا تنبيها
لقولنا وكان الغريم والمكفول له اختلفا على تصديق الكفيل يترجح اجراؤها بخلاف
في الكفيل من مسألة الرسول كما توهمه بعضهم ويترجح النظر ايضا بمسألة الغريم
وانما قالوا اذا غاب الغريم فقضى الحميل عنه الدين بعد حلول اجله ثم قدم

الغريم فإن ثبت ببينة أنه كان قضاه قبل دفع الحميل فإنما يرجع بما أدى على القابض
المتحمل له لا على من قضاه عنه وإذا ثبت أن الحميل دفع بعد حلول الأجل وقبل دفع
الغريم فإن رجوعه على المضمون عنه لا على المضمون له القابض لأن دفع الحميل
بعد أداء الغريم فكأنه دفع عن نفسه والذي قد لا يلزمه أداؤه ولا تكون له مطالبة
على الغريم لأنه أدى عنه ما لا يلزمه إذ دفع بأداء الغريم له ولا كذلك العكس
فإنه رجع عنه ما لزمه والغريم هو الذي ترتب على نفسه فلا يلزمه **تنبيه**
إن علم تاريخ السابق منهما فالرجوع من اللاحق كما تقدم فإن تعذر الدوران وجهلت
التواريخ فذهب ابن رزق على أنه لا يجب للحميل رجوع على الغريم مع الشك في
كونه يستحق الرجوع عليه أو لا يستحق إلا أن يكون دفعه بقضية من السلطان فيرجع
على الغريم لأنه في معنى المجبر على الدفع وإنما جاز للحميل في بعض الأقوال
المرتضية أن يصالح على المتحمل عنه بعروض ولا يجوز له أن يصالح عنه بمثلي مع أن الجميع ملك
لأن العروض لما كان يرجع فيه إلى القيمة وهو من جنس الدين والحميل يدفع قيمة سلعته فقد
دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين وإن كانت أكثر فقد دخل على أخذ الدين وقيمة الزيادة
بخلاف المثلي لأنه من غير جنس الدين فلا يرجع فيه إلا الأقل والأكثر لأن يشترك في
الجنس والصفة فكانت الحمالة في المثلي أقوى وإنما قالوا في القضاء إذا صالح
المضمون له يرجع على المضمون عنه بالأقل من الدين أو القيمة وفيمن أمر رجلا أن يشتري
له سلعة بالعين ولم يدفع إليه شيئا فاشتراها بغير العين أن الآمر مخير في ترك ما اشتراه
ولا إشكال أو يدفع الآمر ما أدى عنه أو رضي بالشراء وكان ينبغي إن رضي بالشراء أن يدفع
له الذي أمر به أو قيمة ما اشترى به واجتمع أن كل واحد من الكفيل والوكيل فعل
غير ما أذن له فيه فهو المعروف لأن المأمور مأذون في السلف لأن العرف أن الآمر لم
يغرم شيئا فإذا أمضى الأمر فعله فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف
ولا كذلك الكفيل فإنه لم يؤذن له في شيء يوجد وإنما فعل هو من جهة نفسه التطوع
فلا يكون على الغريم أبدا إلا الأقل وإنما قال في المدونة فيمن قال لرجل بايع فلانا أو
داينه فما بايعته من شيء أو داينته فأنا ضامن لك يلزمه ولو لم يبايعه
حتى أتاه الحميل فقال لا تفعل فقد برئت من الحمالة فله ذلك ولو قال احلف وأنا ضامن
ثم رجع قبل اليمين لم ينفعه رجوعه ولزمه الحق لأن من حجة المدعي أن يقول إنا أدعيه

ان في عليه كذا وقد احل هذا نفسه محل المدعى عليه وكأنه قال المدعى عليه احلف
لي وانا اغرم فلا يكون له رجوع فكذلك هذا ولا كذلك قول الذي قال عامله وانا ضامن
فانه كقول العامل نفسه وانا اعطيك حميلا فكما لهذا ان يرجع فكذا هذا قاله ابن
يونس وانما قالوا في اختلاف الحميل وقوله الوجه في كون الغريم فقيرا فيتوجه الطلب
على الحميل من غير خلاف او مليا فيجري توجه الطلب عليه على اختلاف قول مالك فيختلف
فيه على قولين هل يحمل على الغنى حتى ينكشف من حاله ما يدل على عدمه فيجري الطلب على الاختلاف
قولي مالك او يحمل على العدم حتى يثبت ما يدل على ملائه وقالوا ان من اشترى سلعة ثم ادعى
الغبن او العيب عن ثمنها لا يصدق من غير خلاف لان المبتاع اخذ العوض عما يطلب به من الثمن
فيستصحب وجود ذلك بيده حتى يثبت ما يدل على تلفه من يده وانما الحميل لما لم ياخذ عوضا
صدق في دعوى العدم كما صدق الانسان في انه فقير اذا طلب بالانفاق على ابويه لما كانتا
منزلة الحمالة لم ياخذ عنها عوضا وانما قال بعض الاشياخ اذا قال عامل فلانا
بمائة دينار وانا كفيل لك بها انه لا يمكن من الرجوع عن الشراء وقعت المعاملة او لم تقع
ان لم يقيد قوله بانه يمكن من الرجوع ما لم تقع المعاملة لان الذي سمى مائة دينار فقد جعل
غاية ينتهي اليها في الطلب ولا كذلك من اطلق ولم يحد فانه ليس هناك غاية تطلب فلا
يمكن من الرجوع عن ذلك الا ان يقال ان كان هذا اول سنة فان العقد لازم لهما جميعا بالقول لو
اكراها كل شهر بدينار لكان لكل واحد منهما الرجوع فيما يستقبل من السكنى لما لم تكن هناك
غاية ينتهي اليها الحكم وانما قالوا فيمن تكفل عن غريم حميلا بالدين ليؤخره الى ابعد
من اجله لا يجوز وان نزل سقطت الحمالة ولم يؤخذ الحميل بغرامة قبل انقضاء الاجل ولو اعطاه
بدل الحميل رهنا لم يجز ايضا وان وقع ونزل ففي المدونة يكون قابض الرهن احق به من الغرماء
مع ان كل واحد من الرهن والحميل توثق لاجل ان الرهن تعلق بعين وقد قبضه وصار مثل حيازة ذلك
كالعوض في المعاملة الفاسدة والحميل لم يحز الا التحمل له ولم يتعلق بعين استحقها عليه قاله
المازري وانما جوزوا اخذ الكفيل عن الغريم بعرض عن دين ثم يغرم الغريم للكفيل الاقل
من الدين او قيمة العرض وتعقلوا دفع عرض عن ثواب موهوب عرضا لهبة ثواب مع انه انما يقضي
للواهب بالاقل من قيمة العرض الذي دفع او قيمة العرض الموهوب لان الغالب في الثواب
كونه اكثر من القيمة وهو مجهول والا فرق بين مجهول لانه اشتراء غرر اذ من اجل فلم يعقلوا وجهلوا لا
كذلك المشتري المتحمل به لانه معلوم قاله المازري رحمه الله وانما قالوا في المدونة من

أمر من يشتري له سلعة فاشتراها بغبن العين فله تركها فإن أخذها دفع له مثل ما دفع
من الأقل وقال في ملح الكتاب يعني يرجع بالأقل من الثمن أو قيمة العرض لكن إنما هو
في الأمر بسلعة بلا تطوع وأما من تطوع بسلعة فمن باع فيها سلفا ولو
كان سأله أن يقضي عنه الدين فدفع فيه عرضا مما يغبن الغريم في مثله دفع العرض أو
ما عليه من الدين قاله ابن يونس وإنما لم يجعلوا للزوج يقول للزوجة إن حلف أن
الزوج نوى قبل قولها هو وإنما له هو أمران يرجع قبل اليمين والزوم لها الثمن وجعلوا
للقضاء بل ذلك بر قبلانا بها ذا ابتدأه من شيء وقلنا ما من له ثم يقول الحق قبل الجزاء بينه لا
يوجد وغير ذلك في الجمالة أن يرجع ولا يلزمه ما التزم ولكن الزوج أتاه قبل الجعالة
لم يرض له في شيء حتى يعامل فلانا فيكون قد أذن له في ذلك فيتعلق عليه ما هو
والأمر قد أذن له في ترك ما حيث وتسريحه ونفي الطلب عنه وأيضا فإن
الجمال أوجبه بشرطه اليمين التي من أجل الطالب وقال عليها بنفسه والمعاملة
لا تمس فيه لنفسه حتى يجعل له جعلا وقد لا يرضى بجعل عليه فلا نفع له فيه إن ابتدأه
فأفتى بهذا والله أعلم وأيضا الزوج قبل له الحلف يقول للقضاء من أجل حقه حقه
تقدم وأمر أوجب له وأما الزوج فقيل له عامل فلانا فلم يجب في ذلك شيء بعد لأن الديانة
لم تكن قبله ما وجب في الجعالة كما مر مستأنف ولم يجب بهذا فيفترق والله أعلم قاله عبد
الحق رحمه الله تعالى

فروق كتاب الحوالة

وإنما قال فيمن لا يلزمه الحمالة الكشف عن ذمة المحال عليه قبل أن يقبل الحوالة بل
يجوز له قبول الحوالة ولو كان شاكا في حال المحال عليه هل هو غني أو فقير وقال لا
يجوز لمن شراء دين تقرر في الذمة بعرض يجوز شراؤه به إلا بعد أن يكون من عليه
الدين حاضرا يعرف يسره من عسره لأن ذمة الغريم هي المشترى ويختلف في مقدار
عوضها باختلاف حال الذمة من فقير أو غني والبيع لا يجوز أن يكون مجهولا فإذا اشترى
دينا لا يعلم حال من هو عليه هل هو فقير أو غني فقد صار اشترى شيئا مجهولا وذلك
ممنوع من جهة البيع والحوالة ليست ببيع على أحد قولي الأكثر بغير عند أهل الكتب بل هي
أصل معروف فيعفى فيها عن مثل هذا الغرر لكون الغرر يغتفر لكونه معروفا وإنما قال
الأئمة رضوان الله عليهم إن علم الحميل بإفلاس المحال عليه يوجب للمحال الرجوع

أخذ من الجميل أن كان المحال غير عالم وقالوا فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل
والمشتري مفلس والبائع يعلم بذلك أن البائع لا مقال له والبيع له لازم لأن البياعات
تنعقد كثيراً للضرورة الداعية إليها وعدم الاستغناء عنها فجاز الكشف عن ذمة
المشتري مما يشق فلو لزم في البيع للبائع الخيار بعد الكشف عن ذمة المبتاع والبحث
عنها لتوقف أكثر البياعات بخلاف الحوالة فإنها لا تنعقد إلا بحسب الكشف
عن ذمة المحال عليه قاله التونسي والمازري وفيه نظر عندي لأنه بعد التروي
والتأمل إنما ينتج العكس ولو قيل بالعكس لأن البياعات أكثر منها لو جعلنا للبائع
النقض للزم إبطال أكثر المعاملات وذلك إبطال لغرض الشارع وليس كذلك في
الحوالة قاله المازري وأيضاً هو مفرط لإتيانه به وأيضاً البائع السلعة بعين
في معاوضة شيء بغيره والمحال لا نفع له قاله ابن عرفة وأيضاً البيع لما
كان على المكايسة كان مظنة علم البائع بحال المشتري قاله ابن عرفة أيضاً وأيضاً
علم المشتري بعدم نفسه يوجب عدم معاقلته فيعذر واطلاع الحميل بعدم المحال
عليه لا يضر لغروره على نفسه قاله ابن عرفة تنبيه قال ابن عبد السلام رحمه
الله تعالى أشبه ما قيل في الفرق أن الحوالة بيع ذمة بذمة وفلس الذمة عيب
فيها يوجب أن يثبت الخيار للمحال بسبب ظهوره على ذلك العيب والعوض في
مسألة البيع المذكورة إنما هو الدين لا الذمة قال وهو ضعيف من وجهين أحدهما أنه
لا معنى لكون الذمة هي العوض في الحوالة إلا أن الدين متعلق بها وهذا مثله في مسألة
المدونة فكيف المسألتان سلمنا أن فلس الذمة في الحوالة لأن العيوب لا يشترط في القيام
بها علم البائع وتدليسه بل مجرد الاطلاع على العلم القيام به سواء علم البائع به
أم لا هـ قلت هذا الاعتراض الثاني سبق للاعتراض بعد غير واحد من فقهاء الشيوخ
فقالوا فلس المحال عليه بغير الحوالة إما أن يكون عيباً أو لا فالأول يكون للمحال
الرجوع على الحميل سواء علم الحميل بفلس المحال عليه أم لا كسائر العيوب والثاني
كذلك ينبغي ألا يعزوه فيسقط على الحميل فيها حتى يغرم عيبه بعلمه فيتنزل خديعة منه
فعليه الدرك في ذلك وأجاب القاضي أبو الوليد الباجي رحمه الله بأن العيب
في السلعة عيب في نفس العوض وفلس المحال عليه عيب في محل العوض لا في نفسه
وأجاب أيضاً أن الحوالة بمنزلة بيع البراءة وبيع البراءة لا يرجع فيه إلا

بلا علمه البائع وأجاب أيضا بأن بيع الدين خفي كالعيوب الباطنة فلو
علمه الحميل لكان كغيره من الباطنة وإنما لم يوجبوا البحث على من باع سلعة
بثمن إلى أجل عن ذمة المشتري وأوجبوه على مشتري الدين أن بيع الدين المنهي في الدين
فلا يقع إلا نادرا ولا ينكر تكليف البحث عن ذمة من عليه الدين لا يوقف
البحث عليه إلا منكرا ولا يشوش كون المشتري للدين لا يرجع لمن عليه الدين الذي
اشترى السلعة نفسه من أجلها بأنه يؤيد ما اشترى من الدين الذي عليه وإنما
يرجع ثمن الدين للبائع لا ثمن الدين المبيع عليه قاله الأخ أبو عبد الله الحمازري رحمه
الله وإنما جاز ذلك للمكاتب أن يحيل سيده بما حل من كتابته على من له عليه دين ولم
يحل من كتابته وكاتبه ولا يجوز أن يحيل أجنبيا عليهما وإن حلت لأن الحوالة إنما
أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الدين وما هنا فإن عجز المكاتب الحمال عليه فيعد
الحوالة قد وقعت على غير جنس الدين كما لو كان على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله
بذلك وعلى مكاتبه فإن جاز ذلك لأنه إن عجز فيصير الحوالة قد خالفت [illegible]
فيه منها وسواء يكون الدين الحمال عليه من جنس الحمال به قاله التونسي رحمه الله
تعالى فتنبيه لا يقال فإنهم قد يجوزون بيع الكتابة مع احتمال أن يشتري كتابة بعد
ثلاثة وكتابة مع رقبة أخرى فإن قول الحوالة رخصة لا يقاس الدين بالدين فلا
يتعدى فيها فلا خفي وإنما خالف ابن القاسم وأشهب فيما إذا أحال البائع
على المشتري بالثمن ثم رد المبيع وأصيب فقال تنتقض الحوالة ويرجع المشتري على
البائع واتفقا على أن المفلس إذا بيع ربعه وعروضه في دين وجب عليه وأخذ في
ذلك غرماؤه ثم استحق المبيع أن للمشتري أن يرد الثمن من يد الغرماء لأن الغرماء
لأن الغرماء كأنهم من الدين باعوا بأنفسهم وقبضوا ثمن ما باعوه فعليهم أن يردوه له
إذا استحق ما اشتراه المشتري منهم ولا كذلك مسألة الحوالة فإن فيها إذا أخذ الدين
ثلاثة ومن يد الحمال فيما رد لأن حق للحمال على المشتري وواجب وجه البيع
وإن عمر فيه على البائع ثم وقع استحقاق أو رد بعيب وجب له الرجوع على بائعه
كما قال إذا وهبت المرأة مهرا قبل الدخول ثم طلقها الزوج قاله ابن يونس
وإنما كره مالك بيع الكتابة من أجنبي بشيء إلى أجل ولم يكره الحوالة لأن
الكتابة أمر بين السيد وكاتبه إسقاط عند الكتابة واعتلاء [illegible] في هذا الأجنبي

لأن الأجنبي لا يجري بينه إن يودي ذلك للمكاتب او لسيده فلم يقع بين السيد وبين
الأجنبي فيما يتقى الربا ومنع ذلك بينه وبين عبده فكذلك يقع السيد الكتابة في حالة
مقاطعة بينه وبين أجنبي لا بينه وبين عبده فافترقا قاله عبد الواحد رحمه الله

فروق كتاب الرهون

وإنما جوزوا في المدونة رهن الآبق والشارد والثمار قبل بدو صلاحها ومنع
رهن الجنين لأن الغرر في الجنين أقوى لأنه باعتبار وجوده وعدمه بخلاف الآبق فإنه
باعتبار وصفه وأيضا الغرر في الجنين غير مردود وفي غيره مردود فيخف أمره وأيضا
فإن في المدونة من ارتهن أمة حاملا كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهنا
معها وكذلك نتاج الحيوان كله وإذا ارتهن نخلا لم يدخل في الرهن ما فيها من ثمر
أبرت أو لم تؤبر أزهى أو لم يزه ولا ما أثمر بعد ذلك إلا أن يشترطه وذلك لأن السنة قد
أحكمت أن غلة الرهن للراهن والجنين ليس بغلة وإنما هو عضو من أعضائها فيجب
أن يدخل في الرهن كما يدخل في البيع قاله ابن رشد وأيضا الأولاد تبع للأمهات في
الزكاة وليس كذلك الأصواف والألبان وثمار الأشجار فإنها ليست تبعا للأ
مهات في الزكاة ولا مدخل في صورتها ولا صفتها ولا تفرع معها وإنما حكم نفسها
لا حكم الأصل قاله في الاستذكار وإنما قال ابن القاسم فيمن رهن غنما عليها
صوفها ثم إنه يكون رهنا معها وإذا رهن النخل فيها ثمر قد يبس لا يكون رهنا معها
لأن الثمر تترك ليزداد طيبها فهو غلة لم يرتهنها إياه والصوف لا بد من جزه في بقائه
فكان مسكوتا عنه دليلا على أنه داخل في الرهن فيكون رهنا معها قاله ابن يونس
وإنما قال مالك من باع سلعة واشترط أنها رهن بعينها إلى أجل ثمنها فلا بأس
بذلك في العروض والدور والأرضين ومن باع حيوانا بثمن إلى أجل واشترط أنها
رهن بعينها إلى أجل ثمنها لم يجز لأن العروض مما يسرع إليها التغيير ويدل على ذلك
أنها لو اشتريت على أن لا تقبض إلى شهر لجاز والحيوان مما يسرع إليه التغيير فكأنه
باع حيوانا على أن لا يقبض إلا إلى أجل بعيد فمثله فهو بيع معين يتأخر قبضه
وعلته الغرر إذ لا يدرى كيف يجده عند البيع فيمنع لذلك وإنما قال ابن القاسم
فيمن رهن عند رجل رهنا ووكله على بيعه في عقده لا يأمر به فيما لا خطر لقيمته ولا يبقى
مثله كالقصب وخضر الفواكه وسائر الأطعمة التي لا يدخر ولا يجوز فيما له خطر

كالربع والعروض لان بيع ذلك يختلف عند اجله او حلول اجله المرتهن واحسم لدعوى
الراهن لما يتوقع من ضياع ان المرتهن نفسه بترك الاستقصاء على الراهن في بيعه بلا اذن
الا قطع اسلم للمرتهن واقوى لعينه. تنبيه، ان قيل ما الفرق على هذا بين الوكيل
المرتهن وبين الوكيل غير المرتهن قلنا الوكيل غير المرتهن لا تلحقه تهمة في البيع والمرتهن
يتهم في تعجيل البيع في استيفاء حقه ولا ينال تفريطه في نفسه وانما اتفقوا على
الرهن من جزء مشاع وابقى الباقي لغيره وقبض المرتهن ذلك الجزء وحل فيه محل
الراهن ان كان عقارا صح الرهن ونحن واختلفوا اذا كان غير عقار حيوانا او عرضا
مما هو كالعقار او لا يتم حتى يقبض المرتهن الجميع او يجعل بين الشريك او بين غيرهما
لان الرباع لما كان نقلها لا يمكن صار المرهون عليه في قرار انزلوا ما هو رفع يد
الراهن عن نصيبه وكون يد المرتهن تحل محله ولا كذلك ما ينقل ويغاب به فلا نسلم
يمكن بيعه او ينقله من مكان الى مكان وهذا هو المعتاد في قبضه بكليته في حوزه الا
درجانه ومتى نقله من مكان الى مكان يتبعه بيد المرتهن قال في العتبية ان الموهوب له
يحل في الجزء الموهوب محل الواهب سواء كان الباقي للواهب او لغيره فيتم الحوز في
الرهن ان كان الباقي للراهن لم يصح الرهن الا بان يحوز المرتهن الجميع لان الحيازة في
الرهن اشد منها في الهبة لقوة ملك الراهن دون الواهب الا ترى ان الهبة لو رجعت
الى يد الواهب بعد كمال الحيازة فانها لا تبطل بخلاف الرهن وانما يكمل الرهن
برجوعه الى يد الراهن وان كان ولا تبطل الهبة والصدقة وان رجعت الى يد الواهب
بعد كمال الحيازة لان الرهن بعد الحوز باق على ملك الراهن واخراجه وتبقية للمرتهن حوزه
حتى عاد الى يده بطل حوز المرتهن لبطلان حوزه وثبت ذلك بحوزه وملكه واما الصدقة
قبل الحوز واشغال المتصدق عنها وصيرت ملكا للمتصدق عليه ولا حق للمتصدق فيها
كالاشتراء حتى رجعت الى يد المتصدق بعد صحة حوزها وبعد كمال مدة لا يتمادى على الكمال
الحوز فيها لم يضر ذلك الصدقة لصحة انتقال الملك كما لو رجعت اليه من بعد شراء قال
ابن يونس وانما قال ابن القاسم اذا اعار المرتهن الرهن للراهن عارية مطلقة
يشفع بطلب المرتهن لا حوله في امضاء عادته وان اعاره فانه لم يشترط كلمة لان
الاجارة مؤجلة فيكون ليه الرد بعد الاجل ولا كذلك العارية لانه اباح له التصرف

من غير تعد منه وانما يضمن في العارية المختلفة ولم يضمن في الولد بعد لان العارية
لما لزم ضمانها ضمن جميعها والولد بعد لم يكن له ثمن فيضمنه وانما قال في المدونة وليس
للوصي ان ياخذ عروض اليتيم بما اسلفه رهنا الا ان يكون سلف لليتيم مالا من عنده للنفقة
عليه ولا يكون احق بالرهن من الغرماء لانه حائز من نفسه لنفسه وقال في الهبة
والصدقة يجوز لنفسه اذا تصدق بدار على يتيمه لان الوصي في الرهن حاز من نفسه لنفسه
وفي الهبة انما حاز من نفسه لغيره فافترقا وانما جوز مالك للمرتهن اشتراط
منفعة الدور والارضين وكرهه في الحيوان والثياب لان الدور والارضين لا تختلف
غيبتها وقت رجوعها والثياب والحيوان لا يدرى كيف تكون عند انقضاء الاجارة فصار
الرهن غررا في اصل البيع فلم يجز عنده نقله ابن يونس عن بعض الفقهاء وايضا اجارة
الثياب جائزة ولا تضمن والرهن فيهما جائز وتضمن فلما اجتمع كذا كرهه قاله القابسي
وفيه نظر وانما قال مالك في المدونة فيمن تصدق بامة لها زوج او ابتاعها لم يمنع
زوجها وقال ان رهن امة عنده او رهنهما معا فليس للعبد وطؤها في الرهن لانه لو نقل
امة العبد فيعطي الى الانتزاع وفي مسألة الزوج للزوج ملك الاستمتاع بعقد
النكاح وعقد ولا يملك الراهن الانتزاع والمرتهن قد دخل على ذلك وان كانت قد تلد فيكون
ذلك عيبا في الرهن قاله الشيخ ابو عمران وانما قال مالك اذا ادعى المرتهن
تلف الرهن وهو مما يغاب عليه لم يقبل قوله ولزمه الغرم واذا ادعى المودع تلف
الوديعة قبل قوله وكلا الموضعين فالدعوى فيما يغاب موجودة لان المرتهن غير امين
فلم يقبل قوله فيما يغاب عليه والمودع مؤتمن فقبول القول فيما يذكره ابن يونس فلانه
وايضا الرهن اذا كان يغاب عليه جعل في قبضة المرتهن لانه قبضه لحق نفسه فلم
يقبل قوله في تلفه لانه مدع براءة لذمته اذ ذمته في الاصل مشغولة والوديعة ليست
في ذمة المودع لانه قبضها لمنفعة ربها دون منفعة نفسه فكان القول قوله
في تلفها لان الاصل براءة الذمة فلهذا افترقا وانما قال مالك اذا اخذ شفعته
بعبد فهلك العبد ثم قام الشفيع يطلب الشفعة فالقول قول المشتري في قيمة العبد واذا
غاب الرهن الذي يغاب عليه عند المرتهن فاختلف الراهن والمرتهن في صفته فاذا وصفه
حلف على تلك الصفة ثم لزمه قيمتها وفي كلا الموضعين المشتري فيهما لان الشفيع مدع

على المشتري وكان القول قول المشتري في قيمة الصبرة للشفيع ان شاء اخذ وان شاء
ترك ولا كذلك الرهن والغنيمة انما يجب عند ثبوت معينة لان الاختلاف انما هو في
الصفة فلذا لم يكن بد من معد وانما قال ابن المواز اذا كانت قيمة الرهن خمسة
عشر وقال الراهن الدين عشرة وقال المرتهن عشرون للمرتهن ان يحلف على عشرين او
قيمة الرهن وقال في من ادعى عشرين وله شاهد بخمسة عشر يحلف على خمسة عشر
لان الرهن يتعلق بجميع الدين والشاهد يتعلق بما لم يشهد به الا ترى ان الراهن
لو اقر بالعشرين كان الرهن رهنا بها ولو اقر بخمسة عشر والشاهد لم تتعلق شهادته
بغير الخمسة عشر ولذلك جاز ان يقال يحلف مع الشاهد على خمسة عشر ومع
الرهن على العشرين وانما كان قبض المخدوم والمودع قبضا للموهوب له وان لم
يعلم وليس بقبض للمرتهن لان الرهن اقوى حيازة وانما قال ابن عنامر وابن شبلون
اذا عجز المبتاع على حميل عن احضاره سجن وان عجز المبتاع على رهن عن احضاره لم يسجن
لان البائع في الرهن يقدر على اختبار دفعه المبتاع بالسؤال عنه والكشف ولا
يقدر على علم يتحمل عنه بذلك **تنبيه** قال ابن محرز الصواب ان ينظر فان كان
يقدر عليهما سجن فيهما وان رجي انه لا يقدر عليهما لم يسجن وانما قال في
المدونة واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن لم يجز بيعه وان اجازه المرتهن جاز
وعجل للمرتهن حقه شاء الراهن او ابى وقال او اسلم عبد النصراني من رهنه فبيعه
ويعجل الحق والذي يليق برهنه لان الراهن متعد في بيعه الرهن والنصراني
تعدى في ملك الرهن والموجب للبيع فيه الاسلام لانه لو لم يرهنه لبيع عليه قاله
الشيخ ابو الحسن الصغير رحمه الله وانما قال في المدونة من ارتهن عبدا فجنى
جناية خير السيد ان يفديه كان على رهنه وان اسلمه خير المرتهن ايضا وقال في
العبد الموصى بخدمته لرجل ثم برقبته لآخر اذا جنى خير الموصى له بالخدمة اولا
والجناية او كل واحد من المرتهن والمخدوم تعلق حقه بالرقبة تعلق استيفاء فقدم
المخدوم واخر المرتهن لان الاستيفاء في الرهن مخالف للاستيفاء في المخدوم لانه
في الرهن من حيث اللزوم للبيع ان عدم الراهن وفي المخدوم من حيث الكمال بعقد و
وجد نصا الموصي وايضا لوقوف صاحب الرقبة على المخدوم ليكمل هو المخدوم

لأن ما أوصى به الموصي مرتب فلو عكس لبطلت الوصية بخلاف الرهن فإنه يعني
عن أول المشايخ وأيضا فقال في المدونة من أعرته سلعة ليرهنها في دراهم
مسماة فرهنها في طعام بغير إذنه فهو ضامن ومثله من استعار دابة ليحمل
عليها حنطة فحمل عليها عدسا في مثل حنطة أو كتانا أو قطنا في مثل وزنه
يضمن لأن المخالفة بين الدراهم والطعام في الرهن لا تنضبط باختلاف الأسواق
فلم تحصل مماثلة الطعام للدراهم والمراد بكونها مسماة أي معدودة بخلاف
المماثلة في الطعام المقاربة للحنطة فحمل وكذا حمل عدسا فإنها حاصلة في
المثال وهو لا يخفى (تنبيه) تعقبنا هذا الفرق بأن المماثلة يعرضها حالة التعدي
بأن تكون قيمة الطعام مساوية للدراهم والنقلات في المثال لا يعتبر في
بعض هذا الفرق كما لا يخفى وأيضا فقال في المدونة فيمن رهن شيئا على أنه إن مضت
سنة خرج من الرهن فلا يعرف هذا من رهن الناس ولا يكون هذا رهنا فكان وهو كمن عليه
دين إلى أجل من بيع أو قرض فرهنه رهنا على أنه إن لم يقضه منه إلى الأجل فالرهن
له بدينه لم يجز ذلك وينقض هذا الرهن ولا ينتظر إلى الأجل وله أن يحبس الرهن
حتى يأخذ حقه وأنت أحق به من الغرماء والجامع أن الرهن في كل منهما مشتمل على شرط محكوم
له بالفساد ثم حكم في أحدهما بحكم الصحة دون الأخرى لأن الشرط في الأولى هو
مرابح مما يقتضي الرهن ولا شيئا من يديه ومنع الاختصاص وفي الثانية الشرط غير مرافع
ولا منافي لمقتضى الرهن بل هو مؤكد له ومقصود المرتهن فكيف أوقعه بالشرط فرق ما بينهما
وهو تسليمه فأبين فإنه بعض حذاق الشيوخ وأيضا فقال ابن المواز عن مالك
فيمن رهن عبدا أو دارا سنة أو أخذ حائطا مساقاة ثم ارتهن شيئا من ذلك قبل فراغ
أجله لا يكون محوزا للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر لأن الرهن محوز عن صاحبه
وقال في فضلة الرهن إذا ارتهنها من في الأول وحوزه حوز له مع أنه محوز قبل ذلك
بوجه آخر لأن الرهن محوز عن صاحبه والمستأجر والمساقي محوز باسم صاحبه أي
أنه محوز له والرهن عن عنه قاله محمد بن المواز (تنبيه) قال ابن عبد السلام رحمه
الله وهو فرق جلي يكفي جوابه أمر تهون له وإن كان ابن يونس رحمه الله لم يرتضه
وقال إنهما سواء وأيضا قالوا إذا تراخى قبض الرهن إلى الفلس أو الموت بطل

وإن كان جرى على الأشهر ومن قول ابن القاسم وقالوا إذا فات الواهب والموهوب
له جاد في الطلب أو في تزكية الشهود أن ذلك حوز عند ابن القاسم لأن الرهن لما
كان لم يخرج عن ملك راهنه لم يكتف فيه بالجد في الطلب بخلاف الموهوب فإنه خرج
عن ملك واهبه فلذلك افترقا والله أعلم وإنما اختلفوا في نفقة المرتهن
هل تكون في ذمة الراهن وهو المشهور أو تتعلق بعين الرهن واتفقوا فيمن أنفق على
ضالة أن ذلك يكون في عينها وتباع فيه لأن الرهن لما وجد صاحبه للمرتهن
وقد علم أنه لا بد له من نفقة كان كالإذن له في نفقته عليه إن غاب الراهن وإن المرتهن
ولو شاء المرتهن لرفع إليه بنفقته وإن غاب رجع ذلك إلى الإمام ولا كذلك الضالة
إذ لا يقدر المنفق على صاحبها ولا يدري النفقة عليها

فـــروق كتاب الغصب

وإنما قال ابن القاسم فيمن وهب ثوبا غصبه فأتلفه الموهوب له عينه أن لصاحب
الثوب أن يغرم الغاصب قيمته وإن وجد الغاصب فقيرا كان له أن يرجع بقيمته على
الموهوب له وإذا استحق من يد المشتري كطعام أو ثياب وقد أكلهما ولبسهما فإن المستحق مخير
بين طلب الغاصب أو المشتري مع أن كل واحد من الموهوب له والمشتري قد انتفع لأن المشتري
إذا اتبع الطالب بغرامته فلا مرجع له على أحد فقد أتلف ما أتلف مع اعتقاده أن لا
غرامة عليه فيه فيلحقه من الرجوع عليه الضرر الشديد فلذلك روعي البداية
بالغاصب لكونه هو المسلط للموهوب له على الإتلاف من غير مال فكأنه أتلفه بيده
قاله المازري رحمه الله وإنما قال في المدونة والموازية والغاصب يكري
الدابة من رجل فعطبت تحته أنه لا يغرم قيمتها وإذا استأجر رجلا يبلغ له كتابا إلى بلد
وهو يظن أنه حر فإذا به عبد وعطب في سفره فإنه يضمنه لأن العبد إذا استؤجر فهي
الغرامة على عبدي لم يجر ذلك فصارت الإجارة كالهبة منا منا والهبة يرجع بها
على الواهب بخلاف عطب الدابة تحت من اكتراها من الغاصب فإذا أسقطنا الغرامة عن
الراكب كان لصاحب الدابة مرجع على الآخر وهو الغاصب فلم يبطل حقه بالكلية قاله
الأشياخ وإنما قال في المدونة في المكتري والمستعير يحبسان الدابة الأمد الكثير
تعرضا تلزمهما القيمة وإن ردت الدابة سالمة وقال في الغاصب إذا ردها بغير

زمن كثير ومنى سالمة انه لا تلزمه غرامة الغلة لان ضمان الغاصب ملك الرقبة
لا ملك المنفعة فلم يضمن الغلة بدون ربها منفعتها ومقصود المكترى والمستعير
غصب المنفعة ومن جملة المنافع ينفعها اذا شاء ربها وقد منعه بحبسها من منفعة
المنفعة ومنى ومقصوده بضمان ما منعه من ذلك **تنبيه** جنح ابن القاسم الى الزام
الغاصب الغرامة ولكنه لم يلزمه ذلك كرامة في هذه البغلة قالت ولو تعدى المكترى
على الدابة في المسافة فان المتعدي تضمينه قيمتها اذا زادت ما سالمة ما اعتبرناه
في تعديه في الزمان فان تعدى مسافة طويلة منع ذلك ربها من اسواقها ضمن قيمتها
اذا شاء ربها وان تعدى مسافة يسيرة لم يكن لربها ان يضمنه القيمة اذا ردها سالمة
والعلة في تعدي المسافة اذا كثر وبعد كالعلة في تعدي الزمان اذا طال وكثر قال الامام
ابو عبد الله المازري رحمه الله ولو غصب الدابة في امر التعدي فانه يضمن قيمتها
كما ان زمن التعدي او قصر حتى يبلغ في ذلك بقليل ولو تعدى بها خطوة وا ـــــا
قال في تعدي المسافة المحدودة له والزمن المحدود له اوقع الخطب في امر التعدي انه
لا يضمن مطلقا وقالوا في التعدي في زيادة الحمل المشترط اذا اكترى دابة ليحمل عليها
عشرة اقفزة فحمل عليها احد عشر قفيزا فعطبت فانه يضمن مقدار ما زاده
فان كان تعطب في مثله ضمن قيمتها وان كانت لا تعطب في مثله لم يضمن القيمة لان التعدي
بالزيادة في المسافة او الزمن تعدى محض لا شبهة فيه اذ لا اذن فيها ذكره فلذلك استوى
قليله وكثيره والزيادة في الحمل لم يتمحض فيها التعدي بل امتزج مع الاذن فالدابة
المحمول عليها احد عشر قفيزا قد اذن في حمل عشرة منها ان يكون عليها عشرة وبقي مأذون
في حملها اذ كان عليها احد عشر قفيزا فوجب لاجل امتزاج التعدي بالاذن ان لا
تكون الزيادة مهلكة او غير مهلكة والله اعلم قالت فيمن بنى على جدار اشترى من
الغاصب وهو لا يعلم بكونه مغصوبا ان بناءه لا يهدم واذا بنى عليه الغاصب
نفسه فانه يهدم بناءه عليه مع القدرة في اقوال الناس سواء لان
الغاصب بنى ظلما وعدوانا على غيره والمالك يحترم ماله ومن الغاصب
فقد اسقط حرمة ماله ببنيانه على ما يعلم انه يبني عليه والذي بنى على شبهة
اشتراها غير عالم في بنائه وماله حرمة لم يسقطها فلذا نبهت عليه بالشرح

بخلاف الغاصب الذي هتك حرمة ماله فلا يحرمه الشرع عليه **تنبيه**
لو غصب لوحا فأدخله في سفينة حتى صار في أثنائها جزءا من أجزائها فإن
الحكم فيه من ذكر خلافا ووفاقا الحكم فيمن غصب خشبة فبنى عليها فكما أن
صاحب الخشبة المبني عليها يستحق قلعها فكذلك يستحق صاحب هذا اللوح
قلعه من السفينة ولكن حكم هذا اللوح يختص بحكم لا يختص به الحجر أو الخشبة
المبني عليهما لأن هدم الحجر والخشبة المبني عليهما لا يتعلق به من أنواع التلاف أكثر من
إتلاف بناء الغاصب وبناء الغاصب لا حرمة له ولا كراء السفينة فربما يؤدي قلع هذا
اللوح منها إلى إتلاف ما فيها مثل أن يطلب ذلك رب اللوح وهو على البر أو شاطئ
البحر فإنه يمكن من قلع اللوح وإن فسد بذلك ألواح السفينة كما يمكن من ذلك الحجر وإن
فسد ما بني عليه وأما إن كانت في لجة البحر واللوح بموضع متى ما أقلع غرقت السفينة
وغرق ما فيها من رجال أو نساء وكذلك إن كان فيها حيوان بهيمي فإن له حرمة أيضا
تمنع من هلاكه سواء كان للغاصب أو غيره من الناس وإن كان ما فيها من الوسق مال
عروض أو غيرها ولا يخشى من قلع اللوح هلاك أرواح فإنه يختص هذا المال فإن كان
لغير الغاصب بقلع هذا اللوح مثل ما تقدم أعلاه فيمن اشترى حجرا فبنى عليه وهو
لا يعلم بكونه مغصوبا فإنه لا يهدم بناؤه لكونه غير متعد في البناء وكذلك المال الذي
في السفينة إذا كان لغير الغاصب فله حرمة من جهة مالكه الذي لم يظلم ولا تعدى في
جعله في السفينة فلا يجوز أن يتلف ذلك عليه وأما إن كان ما فيها من الوسق مال
الغاصب وهو عروض فإن الأكثر ذهبوا إلى أنه يمنع صاحب اللوح من قلعه من هذه السفينة
وإن أدى ذلك لهلاك مال الغاصب لأن الغاصب لا حرمة لماله الذي يمنع به مال الغير
وهو الذي هتك حرمة ماله فلا يمنع ذلك من تمكين صاحب اللوح من نزعه من هذه
السفينة وإن تلف مال الغاصب كما لم يمنع كون الحجر المغصوب يمكن منه صاحبه وإن
فسد بناء الغاصب الذي بناه عليه وهذه كلها بقية بعض نظر ومع الكلام فيها أكثر ابن
النعمان وغيره قاله المازري رحمه الله وإنما اختلف المذهب في التغرير بالغرور
ولم يختلف في تغريم الشاهدين إذا شهدا على رجل بمال فقضى عليه القاضي به وسلمه
لطالبه ثم اعترفا بعد الحكم أنهما تعمدا الكذب وشهادة الزور والغرور بالقول فقط دون

[illegible] ان ركب [illegible] مجبر [illegible] الكبير في [illegible] ملاك [illegible] يجب [illegible]

على انه لا يقبل قول الغار فصار قول الغار وان كان سببا للتلف فانه غير ملجئ للتالف
وشهادة الشهود ملجئة للقاضي الى الحكم وشتان بين سبب ملجئ وسبب غير ملجئ فتنبه
لا يقال هذا انما يكون عذرا في غير الحاكم واما الحاكم فلا لانه في معنى انه
يقبل شهادة الشاهدين لا فانا نقول اذا ترك القضاء بهما وقد جرح الشرع ذلك
عليه صار الشاهدان هما السبب الملجئ للتلف وانما قال في احكام الشعبي
عن محمد بن عبد الملك الحمزة بن اذا باع خابية مكسورة وهو عالم فصب فيها المبتاع
زيتا فهلك لا ضمان وان ذا الكراء فعليه الضمان لان المشتري في الكراء المنافع ولم
يحصل بخلاف الشراء فانه في الزوان والجناية في امر خارج عنهما فحصل ان
انه غرر بالقول ومذهب المدونة لا يوجب تضمينا قال بعض المتأخرين وانما
قال ابن سحنون عن ابيه فيمن هدد رجلا بالقتل او بالاتلاف فهو على ان يأخذ مال رجل
فيرميه او يغرقه ففعل انه يضمن هذا المال ولو هدده بذلك على ان يأخذ مال رجل
فيحمله الى الذي هدده بالقتل فان المأمور لا يضمن ما حمل من ذلك الى الغاصب وانما
يطلب بذلك من صار المال في يده فلما وان ضاع ان كل واحد منهما وقد هدده ا
المال بنفسه فيلزمه غرامة ما وقع في يده من مال غيره في الشوارع لان المغرور والمكره
لمال غيره مباشر للتلف فيده ولم يحصل من المهدد له الا قوله بذلك غير الامر فصار
كالسبب الملجئ الى التلف واذا اجتمع في الاتلاف مباشر للتلف ومتسبب في التلف
كان المباشر اولى بالتضمين والمأمور بالرمي مال رجل الى ارض مهلكة بذلك وقد هدده ان
عصاه بالرمي وفعل به فاذ كرناه لم يباشر التلف وانما يتلف الذي حصل في يده ونظير هذا
الشاهدان يشهدان عند القاضي بما يوجب قتل رجل مسلم فلما قتله رجعا عن الشهادة
هل يقتص منهما ام لا ومن هذا الاسلوب اختلافهم في المكره لغيره على ان يقتل رجلا وكذلك
ان هدد رجلا بالقتل ان لم يقطع هذا الرجل المهدد يد نفسه فقطعها هل له ان يقتص
من المكره على ذلك فيقطع يده بذلك ام لا وانما قالوا فيمن غصب حيوانا فاستعمله
او عبدا فاستخدمه او دارا فسكنها لا شيء عليه في استعماله واستخدامه وسكناه
واذا غصب عبدا فاجره او دابة او دارا فاكراهما واشتغل بكرائهما فعليه رد غلة ذلك
كله لان الاجارة والكراء عوض عن منافع العبد وكان كالعبد الغائب فيلزمه رد غلة

غلة

بمثله فاشترى لنفسه واستعمله واستخدمه فإنه لم يأخذ عوضا فيشترى ذلك
عليه وإنما قالوا إذا غصب ثوبا فلبسه فيغرم ما نقصه لبسه وإذا غصب
حيوانا فنقصت قيمته بعيب فلا خيار للمغصوب منه لأن التغير في الحيوان بسبب
أنه لا كسب للغاصب فيه ولا كذلك الثوب فإن النقص فيه من سببه ولا كذلك
لو حدث العيب في الحيوان بسبب الغاصب لكان كالثوب فيأخذ ما نقص العيب
إذا اختار الشيء المعيب وإنما قال مالك من استهلك شيئا يكال أو يوزن كان
عليه مثله وإن استهلك شيئا من العروض كان عليه قيمته لأن ما استهلك لا بد فيه
من بدل فإذا كان ما له مثل كان أقرب في المعنى للبدل الواجب لأنه أسهل من القيمة
والقيمة تحتاج إلى اجتهاد فيما يصير إلى القيمة إلا لتعذر المثل الذي هو أسهل
وأصوب في معنى البدلية والله أعلم وإنما قال مالك إذا جنى الغاصب
على العين المغصوبة جناية منقصة فإن ربها مخير بين أخذها وأخذ ما نقصتها الجنا بة
أي يأخذ قيمتها وإذا هلكت بأمر من السماء أو غير ذلك من غير الغاصب فربها مخير
إن شاء أخذها ناقصة وإن شاء لم يأخذها لأن الجناية إذا كانت من فعل الغاصب
فقد تعدى جنى وجب أن يؤخذ بتعديه كتعدي غير الغاصب وإذا كانت من غير فعله
لم يوجد منه تعد والعين المغصوبة فإنه يوجب أن يكون ربها مخيرا كما قال مالك
وإنما قالوا إذا غصب دابة فعجفت كان فوتا وإذا غصب عبدا فعجف لا يكون
فوتا مع أن الجميع عجف في الحيوان لأن الدواب إنما تراد للقوة لأن الغرض منها
الحمل ولا كذلك الرقيق فيه ثم لأن الغرض من الرقيق إنما العمل والاستفراغ والعجف
مستفعل وإنما قال مالك إذا غصب خلخالين فكسرهما فليس عليه إلا ما نقص
الكسر فقط سواء كانت فضة أو ذهبا وإذا غصب دنانير أو دراهم فكسرها فربها
مخير إن شاء ألزمه مثلها وإن شاء أخذها كذلك ولا يأخذ ما نقص الكسر والجميع
ذهب وفضة وكسر على وجه التعدي لأن الحلي يقتنى لأجل صنعته فإذا اختلفت
تلك الصنعة وجب عليه بدلها لبطلان ما أراد من غرضه كما لو تلف عليه كسبها زتلف
وليس كذلك الدنانير والدراهم لأنها لا تقتنى لصنعتها وإنما تقتنى لعينها فإذا
أتلفت عليه العين وجب أن يكون على الجاني مثلها وإنما قال فيمن غصب دارا أو

اذا فسكن الدار وزرع الارض ان عليه اجرة ما انتفع به واذا غصب دابة او
او عبدا فاستعملهما لا شيء عليه لان الحيوان لا يبقى على حالة واحدة لسرعة
التغير اليه فجعل فيه الخراج بالضمان والدور والارضون تكاد تتغير مع القرب
فلم يكن فيهما الخراج بالضمان لان الغالب سقوط الضمان فيهما وانما انفرد ابن
القاسم واشهب على عقوبة من ادعى على رجل انه غصب او سرق لا الانسان
كما اتفقا على انه لا يستحلف واختلفا اذا ادعى المدعى عليه انه غصبه
او سرق له اعني قال المدعي فقال ابن القاسم لا حد لكون الدعوى لا تشبه
ويعاقب لكونه آذى البينة وعاب نحط من قدره وقال اشهب يعاقب المدعى
عليه الغصب على كل حال لا فمن الاذى والاشغال وانما يتصور عند اشهب فيمن
ادعى على رجل انه سرق مالا لانسان او لا فيتبعه له في هذه الدعوى ويعلم بذلك
انه فمن ابى الاشغال والاذى ولا كذلك لنفسه اذ به مضرة ومن المكران يكون قال
سعد ذو عنده المضرة اذ ذكر هذا الاشغال الا ترى ان الله سبحانه اوجب على والد
النفقة الحاملات في العدة ولم يوجب ذلك على الزوج اذا ادعى ان المراة انما
زنت ليستعفي الولد عنده لاجل حاجته وضرورته اذ ذكر هذا واكتفي في نفي الحمل عنه
بيمينه لا اربع مرات على ان يلتعن على عواله وقد مر هذا المعنى في ترجمة من فروق اللعان
والله سبحانه المستعان وانما قالوا فيمن اشترى من الغاصب فلا يعلم بغصبه
ثم يموت بيده بامر لا صنع للمشتري فيه لا ضمان عليه على المشتري بثمنه ولا قيمته لكونه
يعتقد اباحة ما فعل من الشراء ولا يكون ايضا ضمان على الغاصب الذي باع منه
بالثمن الذي دفع اليه ولو كان العبد الذي مات في يده ذكر انه كان حرا فاعتقه
فانه يجعل فانه يرجع المشتري ها هنا بالثمن على البائع منه وكل منهما تبين انه باع
فلا يملك لان بائع الحر اخذ ثمنا عما لا يحل او يكون مضمونا بالاضرار ولا كذلك اذا
انكشف كون العبد الذي مات مملوكا لغير من باعه منه لان الذي باع قد حصل له ولم
يستحق عنده البيع فيه فاخذ عبد العبد من يده ولا غرامة لقيمته فاشبه موت العبد
في يده ولم يبان مستحق يستحقه فتبين لو انكشف ان العبد ليس بصريح في الحرية
ولا صريح في الملك والدين بل فيه عقد حرية مثل المعتق الى اجل وام الولد والمدبر

ارايتي

عز

والمكاتب

والمكاتب فإن الحكم يفترق في هؤلاء الأربعة فمن كان منهم لا يترقب عوده الى الرق
على حال فلا شك أنه سيصير به العقد الذي هو الى الحرية ان لم يمت قبل الأجل كأم الولد
والمعتق الى أجل فإن ذلك يلحق بالعيب القريب فيرجع المشتري على من باع منه بما دفع
اليه من الثمن في موت أم الولد والمعتق الى أجل وبما في يديه ولا يرجع بالثمن في المدبر
والمكاتب لكونهما مترقب رقهما فإن عجز المكاتب فيصير رقيقا بعد عجزه وكون
المدبر قد يكون سيده يباع في دين عليه وإنما قالوا اذا اراد صاحب السلعة المغصوبة
أن يلزم الغاصب قيمتها ويحل له فتغير بيد المشتري في سوق ولا بدن لا يمكن من ذلك اتفاقا
لقدرته على استرجاع سلعته المغصوبة بعينها من غير ضرر يلحقه في ذلك واذا اراد
صاحب العبد المغصوب أن يضمن الغاصب القيمة اذا اعتقه لينفذ عتقه فيه فإنه يمكن
من ذلك وإن لم يتغير العبد في حكاية ابن شعبان عن المذهب خلافا للجماعة لأن العتق
له حرمة توجب خروجه من ملك المالك بغير اختياره كعتق أحد الشريكين نصيبه وما ذاك
الا لحرمة العتق ولا كذلك العتق فتنبيه لا يقال بيع الغاصب العبد مع علمه ان العبد
لا يصح الا فيما يملكه البائع دليل وعلم على التزامه القيمة ان شاء رب المغصوب منه كما ان
عتقه العبد علم على التزامه القيمة ان شاء رب المغصوب منه على قياس حكاية ابن شعبان
لوضوح الفرق المذكور وهو قوة التشوف الى الحرية ولا كذلك غيرها والله اعلم وانما
لا يضمن المتعدي جملة الشيء بتعديه على اتلاف عيب يسير فيه اتفاقا ويضمن الغاصب
جملة الشيء بقيمته في المذهب المعروف لأن الغاصب بنفس الغصب والاستيلاء على
الرقبة ضمن جملة قيمتها اذا هلكت فاذا اكرى على أخذ ضمان فقد ثبت ضمان جملتها واوجبنا قيمة
جملتها في العيب اليسير كالكثير ولا كذلك المتعدي فانه لم يجب عليه ضمان جملتها باتلاف
عيب يسير تعدى في اتلافه فلما لم يكن هذا العيب الذي احدثه المشتري ومشتراه الى الأمد
ضمان وجب عليه حكمه حتى يفرق فيه بين القليل والكثير فتنبيه وهذا الفرق لا ينكر فيه
لأن الضمان اذا ثبت في الغصب اذا وقع التلف والتلف مترقب فاذا وجد ما يترقب منه
كشف الغيب أنه كان ضامنا في الأصل فالضمان في الغاصب لا يتوقف بمجرد الغصب بل حتى
يمنع من رد العبد أو يتغير في يديه والله اعلم وانما قال مالك اذا غصب دارا
أو دابة فاستغل ذلك لا يلزمه رد الغلة واذا غصب غنما فجز صوفها وحلب لبنها نما

لزمه رد ذلك مع الرقاب ان كان موجودا او قيمته ان كان معدوما وفي كلا الوجهين
فهو غاصب لان الغلة غير منفصلة عن الشيء المغصوب والتمر والصوف متصل بالشيء
المغصوب استولى عليه وكان في يده فكانت كانها غصبها معه فيلزم ردها مع المغصوب
والعبد والدابة ليست الغلة فيهما بعينها غصبا ولا متولدة فالت عن ذات العبد وايضا
غلة العبد والدابة متكونة بسبب الغاصب وفعله والالبان والاصواف ليس فيها
فعل الغاصب نامية بنفسها فالت عن ذات العبد وان يونس وايضا حركة الغاصب ليست
متميزة في الدابة والعبد والصوف واللبن متميز فاشبه الولد فوجب ان يكون
حكمه قاله الشيخ ابو عمران رحمه الله وايضا فان الغلة نماء من غير العين المغصوب
والصوف واللبن نماء من نفس العين المغصوب وهذا راجع الى الاول وانما قال ابن
القاسم اذا غصب ثوبا وعاره فلبسه الموهوب له والمستعير ثم استحقه ربه فانه
يرجع على المستعير والموهوب له بما نقص اللبس عند عدم الغاصب لم يكن له الرجوع
على الغاصب بشيء من ذلك واذا اجره الغاصب فاستحقه ربه واخذ من المستاجر ما
نقصه اللبس رجع المكتري على الغاصب بالاجرة التي دفع كلها والجميع لبس عن اذن الغاصب
وتسليطه لان الموهوب له والمستعير لم يبذلا عوضا عن ذلك وانما دخلا على انه لا شيء
عليهما فلم يكن لهما الرجوع على الغاصب بشيء فلما دفعا الى المستعير والمستاجر بذل
عوضا ليعتاض منه بلته منفعة فاذا لم يصل الى تلك المنفعة كان له اخذ ما بذله من
العوض لان الغاصب انما اخذ منه العوض ليعوضه بذله منفعة فاذا استحق ربه قيمة المنفعة
فلم يوصل الغاصب ما اخذ العوض عنه فكان عليه رد ما اخذه وانما قالوا اذا اغتصب
رجل امراة في مرضه فوطئها ان عليه مهرا ومثله من راس ماله وان تزوج امراة في مرضه
فوطئها كان مهرا ومثلها في ثلثه لان الزوجة دخلت على انه محجور عليه اخراج ماله
فيما زاد على ثلثه فكانها اختارت ذلك ولا كذلك المغصوبة فانها لم تدخل على ذلك
لانها غير راضية بذلك وانما ذلك جناية عليها فوجب حكمها على غيرها والله اعلم
وانما يرد الغاصب غلة ما اكراه واغتله ولا يرد غلة ما انتفع به بنفسه لان ما
اكراه فقد عوض منها في تلك العين فكان كالعين القائمة فيلزمه ردها وليس كذلك ما سكنه
بنفسه واستعمله واستخدمه لنفسه فانه لم ياخذ عنه عوضا ينبغي رده عليه

كذا بالاصل وصوابه ان يقال اذا غصب ثوبا فوهبه او اعاره فلبسه الموهوب له او المستعير.

وأيضا لو تلف ذلك في استعماله لكونه يغرم القيمة ولم يأخذ شيئا يغرم عنه وإذا
أكراه ثم تلف أخذ الكراء الذي يغرمه وإنما قال في المدونة إذا استعمل الغاصب
الدابة حتى أعجفها أو دبرها فيتغير في بدنها أن ربها مخير في تضمينها يوم غصبها
كذا وإلا أخذها ولا كراء له ولا له أخذها ونقصها العجف والدبر ولو قطع لها عضوا
واختار ربها أخذها كان له ذلك ويغرمه ما نقصها القطع وفي كلا الموضعين هو نقص
كرا على الشيء المغصوب بسبب الغاصب لأن العجف ليس بأمر ثابت لا يزول وقطع العضو
أمر ثابت قائم لا يعود إلى ما كان عليه كزوال العجف قاله ابن يونس وأيضا مستعمل
الدابة لم يقصد إلى إعجافها وإنما نشأ ذلك من غير قصد منه وأما في قطع العضو فهو
قاصد إلى ذلك قاله بعضهم تنبيه هذا الفرق غير كاف لأنه مشتغل بها إذا قطع
عضوها أخذها وإنما قال في المدونة في المكتري والمستعير يتعديان المسافة تعديا
بعيدا أو حبسها أياما كثيرة ولم يركبها ثم ردها بحالها أن ربها مخير في أخذ قيمتها يوم
التعدي أو في أخذها مع كراء حبسه أيامها بعد المسافة وقال في الغاصب إن ردها
بحالها لا قيمة عليه ولا كراء لأن المكتري والمستعير أخذا على غير الضمان فيما لا يغاب
عليه فكان عليهما الكراء في التعدي والغاصب والسارق أخذا على الضمان ولم يلزمهما
كراء قاله أبو عمران وأيضا المستعير والمكتري إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب
فغرما كراء ما تعديا عليه من تلك المنافع والغاصب إنما قصد غصب الرقاب وقد
كانت في ضمانه وما يملك شيء من الغلة فوجب أن تكون له غلتها لأنها متولدة من فعله
ومما في ضمانه قاله بعض أصحاب عبد الحق تنبيه تعقب ابن يونس رحمه الله هذا الفرق
ونقضه بغصب الرباع والعقار فإن ابن القاسم يقول عليه رد ما أكراها به وهو عندنا
قد غصب الرقاب وإنما قالوا فيمن أتلف من شجرة ثمرا مطلقا متعديا يغرم قيمته في أرضه لربه
قلعه مقلوعا لأنه لا يقلعه بعد كمال الزمان وله عليه قيمته عودا يوم قلعه إن رضي
ذلك بالشجرة فيكون عليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة وقالوا فيمن قطع أصبع عبد
رجل إن عليه ما نقصه لا غير ذلك لأن الأصبع لا منفعة فيه بعد القطع ولا كذلك المقلوع
فإنه ينتفع به عودا قاله الشيخ أبو الحسن الصغير وتوقف ابن يونس عن الفرق بينهما
فلم يجب وإنما قالوا فيمن تعدى على دابة رجل فأفسدها فسادا يسيرا أنه لا قيمة له

ليس له

نفقتهما ولينفق عليه أجر المداواة وإذا تعدى على ثوبه فأفسده فسادا يسيرا لينفق
له أجره فيه فما نقصه للكراء بعد وجوده للإراح ينفق على المداواة غير معلوم ولا يعلم
مع ذلك هل يرجع إلى ما كانت عليه أولا وإن ردوا المياه كانت معلوم ما ينفق عليهما
ومن جعل إليها كلانا قاله ابن يونس وأما قالوا فيمن جعل جرة على باب دار رجل
ففتح رب الدار الباب فانكسرت الجرة أنه يضمن وقالوا فيمن بنى تنورا في داره فتعدى
فيحترق بيوت الجيران أو الدار لا ضمان عليه وكل منهما فعل ما يجوز له من الفتح للباب
والتغير لأن رب الدار كان بفتحه للباب وجنايته في موضع واحد فهو مباشر وفي مسألة الشو
أو أولى فعله بل وفعله جائز ولا جناية فيهما وإنما نشأت بعد ذلك وفاتح الباب
كانت جنايته واقعة مع فعله فافترقا قاله ابن أبي زيد في أجوبته نقله عنه
القلشاني في تعليقه تنبيه لا يغتر في قول ابن رشد رحمه الله في أجوبته لا أعرف
في مسألة من أسند جرة إلى باب دار رجل ففتح بابه فانكسرت نصا ويجري فيها من
الاختلاف قولان الضمان وعدمه والصحيح الذي كنت أفتي به عدم الضمان فهو لقول ابن
سهل في أحكامه وروى عن مالك في رجل وضع جرة زيت حذاء باب رجل ففتح الرجل
بابه ولا علم عنده بالجرة فانكسرت يضمنه مالك من قوله صلى الله عليه وسلم إنه
نقل الأقوال في العمد والخطأ لأنا نقول الموضع الذي لم يعرف ابن رشد فيه نصا
إنما أسند جرة لتعين الباب وموضوع ابن سهل ما إذا وضع حذاءه والفرق بينهما ظاهر
فلو خفي على ابن رشد ما لابن أبي زيد فيها فإنه سئل عن الذي يجعل جرة على باب رجل
فأجاب بالفرق المذكور وأما نقله المغيري على المدونة في أحكام ابن سهل فقول بنفي
الضمان وعدمه سهو لا شك فيه ولا يلتفت إليه إذ لم يذكر من نقل فيها قولين إلا الضمان
فقط حسبما تقدم من نصه فانظره في ترجمة من أحدث فرنا قرب جدار من أحكامه لا يقال
يتخرج على مسألة الصبي من رواية الضمان لأنه حوله ولا يرد بعض المشايخ من فتح الباب
المعقود فتحه فلا يضمن ومن فتحه المعقود عدم فتحه فلا يضمن وأما قال في الجلاب
إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر بخلاف الفرسين
المصطدمين لأن المركب إذا غلبت الريح لا قدرة له على إمساكه والفارس يقدر على
إمساك فرسه فلما كان كل واحد منهما قادرا على إمساك فرسه فلم يفعل فكل واحد

منهما

منهما إنما من خطإ أصاب بفرسه فإن هما ماتا جميعًا الرجلان والخيل وقيمة كل فرس
في مال من صدمه ودية كل واحد على عاقلة صاحبه وإنما قال ابن عرفة إذا طاح
من يدي متاعه من لم يدفع له شيء فأخذه فجاز وإن خرج من البحر انتفع الملح وقيل في
ولو غرم المتعدي أو الغاصب قيمة الدابة ثم وجدت فلكها الغارم على المشهور
ولا ترد القيمة لأن مشتلة الدابة فعلها تعدٍّ يوجب تضمينها في الرفقة والرمي في
البحر ليس بعداء إنما هو شيء توجبه الضرورة فإذا زالت رجع الشيء لمتاعه عند
تضمينه وهذا الخلاف في الدابة مقيد بما إذا لم يدلس الغاصب أو المتعدي
بإخفائها وإلا أخذ ولسرب إخفائها فقال في المدونة لربها أخذها وإن لم يدلس وكتم
أفضل من الصفة التي قومت عليها فلربها الرجوع بتمام القيمة وقال أشهب قال
ويحلف ما أخفاها وقال من قال له أخذها فقد أخطأ لأنه لو كتمت مثل
الصفة لم يأخذها وأجرى بعض الشيوخ القولين على القول بعدم التحليف بنفي الصفة
بناء على أن نفي الصفة التي بقيت للموصوف يستلزم القول بتحليفه وإنما قال في
الموازية من دفع عشرة لرجل وقال له فيه فتركه لم يقبض ضمنه ولو قال أجعل هذا
الكابر في الغيمر وأغلق عليه فتركه بابه مفتوحًا ناسيًا فإن لم يضمن لأن العبد وعده
له على أن يعيده والكيس لم يفده له إنما قال أغلق عليه وإنما قال في الموازية
لو قال له صب هذا الزيت في ظرف إنما هو إن كانت صحيحة فصبه وهي مكسورة
ناسيًا ضمن ولو قال أجعل هذا الكابر في الغيمر وأغلق عليه فتركه بابه مفتوحًا
ناسيًا لم يضمن وفي كلا الموضعين خلاف الأمر ناسيًا لأن الصب في الأول باشر كونها
صحيحة وإنما قال ابن القاسم في العتبية من سرق دابة واقفة بباب المسجد
عليها صبي فطرح الكلب فتبعه الآخر فلا ضمان في الكراية ليس وضمنها أحد وقال في
المدونة في السارق يدع الباب مفتوحًا وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام لا يضمن ما
ذهب بعد ذلك فجعل الصبي بتوقيه كالعدم وأهل الدار لا يعدوا منه ليشبهه
فلذلك جعل الصبي بتوقيه كالعدم قاله ابن رشد وإنما قال أشهب فيمن أسلم
في فاكهة فخرج إبانه فبرأه يقبض وأبى والله ولا يجوز أن يؤخره وقال في العذر
المثل في الغصب المغصوب منه طلب القيمة إلا رواية الصم إن كان بوجد مع ...

فيستحق دبرة دبر على احد الجلد لان المغصوب منه كلما يتقدم غصبه فلو صبر على التأخير
عظم ضرره والمسلم لم يتقدم كلامه بعدان بل هو كالمتمادي في تراخيه بطلبه وايضا
التهمة على فسخ الدين تقوى في البيع لانه واقع اختيارا بخلاف الغصب فلذلك
ضعفت فيه التهمة قاله في التوضيح وانما قال ومن اشترى من غاصب حليا
او دارا ولم يعلم بغصبه حتى كسر الحلي او هدم الدار ثم استحقها رجل من يده
فانه لا شيء على المبتاع والمستحق مخير ان يأخذ الدار مهدومة او الحلي مكسورا
او يضمن البيع ويأخذ الثمن من البائع واذا ذبح الشاة وكسر العصا وشق الثوب
فللمستحق ان يأخذ الشاة مذبوحة ويأخذ ما نقص الذبح او القطع او يضمن البيع
ويأخذ الثمن او يأخذ من المشتري جميع قيمتها ما لم تكن اكثر من الثمن لان الحلي والدار
تكرا عادة بهما ولا يكون ذلك في الثوب ونحوه ولعل ايضا الذي اشترى الدار لم يهدمها
على وجه الاستهلاك لها انما هدمها ليبنيها كما كانت او خيرا فلم يكن عليه لهدمها
شيء والذي ذبح الشاة المشتراة وقطع الثوب انما ذبحها وقطعه على وجه
الاستهلاك لهما ولا يقدر ان يعيدهما كما كانا فلذلك وجب عليهما ما نقص
الذبح او القطع وما جرى مجراهما فاعلمه قاله محمد بن عمر العطار انما فرق رحمه الله تعالى بينهما
لما نقل ابن يونس رحمه الله تعالى في المسائل ان بينهما النص ولم اجد خلافه ولو قال قائل
ان المشتري للذبح وكسر الحلي وكون الدابة ونحو العبد سواء لم ابعده ولكان قياسا لما
لانه مال تبين انه للغير والحلي والحطب اموال اللاحقين سواء ومنع الدار اشد من
الذبح لان الدار لا تعاد لما كانت عليه الا بمال فيمتنعها صحيحة اولى ومن يشتري بيمين
الشاة مذبوحة مثلهما حينئذ وقوله منع فقود ومثله لا نقود ضعيف ويقول فوق الشيخ
في المسائل اللخمي وغيره ضعيف وانما قال محمد في المدونة المغصوب منه اخذ ما
صاغه الغاصب منه بلا غرم اجرة الصياغة وقال في الصبغ يخير ربه في قيمته واخذه
بغرم قيمة الصبغ وفرق في المشارق بين صبغ الثوب لان الصبغ فيه ادخال صلعة في
المغصوب فاشبه البناء والصياغة مجرد عمل فاشبه الشرب قاله ابن عرفة رحمه الله
وانما قال في المشتري من الغاصب ان يعتق ثلثه فلا يغرم عليه بجعله ثم يغرم قيمته
واخر يوم رآه عنده وفي الغاصب واحسن يريد عنها مثلها فما يحتاج عليه بعمارة القيمة

المشترى؟

قال ابن ... عن ... الشيخ

الغاصب

يوم الغصب لأن المانع والجرح نقص فيضاف على الضمان ولما يختلفا الا انما على انه
فيضاف ليشهد كان فيما شبه المتعدي بخلاف المشتري فانه انما قبضه على انه ملكه
فلم يتهم وانما قال ابن القاسم اذا قتل الغاصب الشيء المغصوب لا يلزمه الا
القيمة يوم الغصب واذا جنى عليه جناية دون التلف يخير المغصوب منه بين ان
ياخذه بقيمته يوم الغصب او ياخذه بالتعدي فياخذ ما نقصه وارش الجناية لان
القتل اتلاف لجميع الذات وذلك موجب للتضمين فيضمنه قيمة المغصوب يوم وضع يده
عليه واما قطع اليد ونحوه فان عين المغصوب باقية واذا بقيت عينه فقد يكون
لربه غرض في عين شيئه وانما قال اشهب فيمن فتح بابا على دواب مسرحة فهربت
يضمن وقال في السارق يدع الباب مفتوحا وامثال الدار فيها نباع او غنم فياخ فيذهب
من الدار بعد ذلك شيء انه لا ضمان على السارق وكل من الفعلين سبب في التلف
والضياع لان الذي فتح الباب على الدواب لو لم يفتحه لزمت دوابه الدواب بغير
غرض لاصحابه بخلاف مسئلة السارق فانه اذا لم يخرج السارق الاول خرج منها السارق الثاني
ونقر به او بمباشرته فالحق في التوهيم وانما كان في افتراقه الماشية بغير
الفادية من الضوابط والزرع بالليل على اربابها وان جاوز قيمتها وجناية العبد
في رقبتها على اربابها الا ان يشاءوا لان الماشية لا تعقل وكان اربابها هم المفسدون
والمتلفون في الحقيقة اذ لم يمسكوها والعبيد يعقلون فهم المفسدون والمتلفون
حقيقة فكان ذلك في رقابهم لان من كان الشيء ضمان جناية العبد لا العبد
بغصر العبد فتضرر السيد وهو لم يعرف لا يناله الغير وهو قد جنى ولا تزر وازرة
وزر اخرى لكن جاءت به السنة فوجب التسليم

فروق كتاب الاستحقاق

وانما قالوا فيمن ابتاع امة فوطئها او اقتضها ثم استحقت من يده انه لا يكون
عليه شيء فيما نقصها الا في الاقتضاض واذا ابتاع ثوبا فلبسه ثم استحق من يده فان
يرد معه ما نقصه لبسه وفي كلا الموضعين فقد انتفع المشتري لان لبس الثوب
يتلف عينه او جزءا من اجزائه ولبس الانتفاع ونحو ذلك اذ عين الامة باق والله
اعلم وانما اوجبوا على مبتاع الامة اذا اطلع فيها بعيب وهو قد افتضها ان

يردها ويرد معها ما نقصها الافتضاض قوله يرجعوا على من ابتاعها منها وابتاعها
ثم استحقت من يده شيئا مع انه افتضها في الوجهين جميعا وان الاهل واحد من الذي
كفي فيها بعيبا ثم يختار ردها او لو شاء امسكها فلما اختار ردها حكم عليه
برد ما نقص افتضاضه لها وفي الاستحقاق تؤخذ منه بلا شيء فهو في ذلك لانها
لم تخرج من يده عن مراده فلذلك افترق الحكم والله اعلم وان قال قالوا فيمن
ابتاع امة فاولدها ثم استحقت فمذهب المدونة ان المستحق لها اخذ قيمتها وقيمة
ولدها كان له ذلك وحكم على المبتاع لها بذلك ورجع بالثمن على بائعها منه
وقالوا فيمن فدا زوجته من العدو انه لا يرجع عليها بما فداها به لانه فداها
له فيه منفعة وهذا ايضا مثله انما فداها لما فيها من المنافع لان المبتاع للامة
قد صبر على وجه الغيبة ودافع الغربة في زوجته متكلف فلذلك افترقا
وايضا فمبتاع الامة انما دفع الثمن فيها على انه ملك له فلما استحق ذلك
الملك رجع بالثمن الذي دفع والذي فدا زوجته انما فدا المنافع التي له فيها
فلذلك افترقا وان قال قال ابن القاسم فيمن استحق ارضا من اكراها للحرث سنين للمستحق
ان يفسخ او يمضي فان امضى فكراء ما مضى للمستحق من يده وما بقي فللمستحق ولا
يكون له الكراء على عدد السنين بل على حسب ما يفترق امثال الحرث وهو مجهول وصار بمنزلة
جمع سلعتين لرجلين وهو مذهب ابن القاسم منعه الا ان يعرفوا ويرضوا على ذلك فان
العدوى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع واقع في امثال الحرث فكذلك مسئلة الاستحقاق
فانه كان بعد معرفتهما فتنبيه قال بعض الشيوخ هذا الفرق ان كان كما هنا ففي
انه قد يقال لا نسلم ان الغرر الكائن في مقتضى عند ابن القاسم بل قد منع من المستحق في
الصفقة اذا استحق جلها للجهالة والله اعلم وان قال قال الشيخ اذا استحقت
الامة بحرية بعد الوطء لم يكن للمشتري غلتها وان استحقت برق لا شيء له ليسيرها او كثيرها
وفي كلا المسئلتين قد حصل الوطء فما الاستغلال ولا الوطء في الحرة اشتغال بغير ملك ولا
ضمان فيها فكذلك المستحقة بملك فان الوطء فيهما بمنزلة المهور فتنبيه تفسير
هذه المسئلة اعني اذا استحقت الامة بحرية فلا اذا استحق الاهل فحسبوا انه في
ضمان فيه كالحرة وقيل غلته للمشتري فيه لانه ضامن للثمن الذي دفع عند عدم البائع وهي

زوجة

رواية يحيى عن ابن القاسم في العتبية وقيل يرد الغلة لأن ضمان الشراء لو تلف جميع
بالثمن وهو كذا من مذهب ابن القاسم في المدونة لأنه جعل الغلة بالضمان قال ابن
رشد وبالأول جرى العمل عندنا وإنما قالوا إذا استحقت الأرض بملك وقد
بنى فيها المشتري من يده أو غرس فللمستحق دفع قيمته قائما وليس للباني حمل
أنقاضه وإذا استحقت بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه لأن البقعة إذا استحقت
بحبس فليس ثم من يعطيه قيمة البناء أو الغرس قائما وليس للمستحق من يده أن يعطي
قيمة البقعة براحا لأنه بيع للحبس قاله الشيخ أبو محمد صالح وإنما قال ابن
القاسم في الذي يكري ويحابي ثم يكرى الخ أنه يبتدأ بالرجوع على أخيه بالمحاباة وقال
فيمن اكترى دارا من رجل فهدم فيها المكتري فوهب له قيمة الهدم ثم استحقها ربها أن
للمستحق طلب الهادم دون الواهب وكذلك من اشترى عبدا فسرقه رجل فهلك بيده
فوهب له قيمته ثم استحقه ربه فإنما يتبع ربه السارق خاصة دون هذا الواهب
لأن الذي في المحاباة وقع حقا كان بيده للمستحق على هذا المكتري أن يبدأ بالرجوع
على من أتلف شيئه لأن المعروف متفكك في أقوال الناس سواء وفي تركه القيمة للهادم
والسارق ولم يتلف له شيئا كان بيده إنما كان أنه وجب له شيء فقبل هذا المعروف ترك له
الأخذ منه فلو كان ذلك أي ابتاع المشتري بمنزلة أنت من بيده بما أتلف لك من يده بخلاف
ما ترك أخوك لك فهذا معروف قاله ابن يونس وأيضا المكتري لم يجب عليه شيء ،
فإن شغله عنه الأخ لأنه إنما اكترى على ذلك المسمى الذي فيه المحاباة وفي رهن
وفي المسألتين الأخيرتين قد وجب على الهادم والسارق شيء ، وتطوع به عنه فإن شغله
عنه من ليس ذلك له فلا يتم ما تركه له واستحقه له مما وجب قاله عبد الحق في نكته
مثله العبد وإنما هو على ظاهر المدونة عند جماعة كعبد الحق وابن يونس
وعياض وغيرهم من المشايخ في محاباة الأخ وأما على تفسير هذا بما إذا علم أوله أخا
ومنونا ويأتي الشيخ أبي محمد فإنما يأتي الثلاث من باب واحد فلا معارضة ولا مناقضة
وإنما قالوا إذا اشترى دارا فهدمها ثم استحقت أنه لا شيء عليه فيما نقصه
الهدم وإذا اشترى ثوبا فلبسه فنقصه اللبس أنه لربه فكذا ليته فيما نقصه
اللبس لأن الهدم لا منفعة فيه للهادم بخلاف اللبس فإنه قد انتفع به قاله عبد

فروق كتاب الشفعة والقسمة الجمع

وإنما وجبت الشفعة في الثمار على مذهب ابن القاسم في المدونة ولم تجب في الكراء والسكنى
مع أن الجميع غلتها فيه الشفعة لأن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو الابدان
من الأشجار صارت كالجزء منها فأعطيت حكم الأصل ولا كذلك السكنى قاله ابن العربي
وإنما قال في المدونة وغيرها في الشقص إذا بيع مرارا إن الخيار للشفيع وإذا بيع بيعا
فاسدا ثم صحيحا أن الشفعة لا تكون إلا بالثمن ولا خيار له في الثمن والقيمة مع أنه قد تقرر
أن البيع الصحيح بعد الفاسد والقيمة بمنزلة الثمن فصار بمنزلة عقدين حملا على
الشفعة ويلزم خيار الشفيع في الأخذ بالقيمة التي يؤديها المشتري لأنها بمنزلة الثمن
أو الثمن في البيع الصحيح واللازم باطل لأنهم لم يجيزوا بل لم يذكروا إلا الأخذ بالثمن في البيع
الصحيح لأن ثبوت التخيير هنا يؤدي إلى نفي التخيير ويلزم منه رفع أسباب الشفعة لأنه
إذا اختار الأخذ بالقيمة رفع البيع الصحيح بعده كلما أن رفع هذا البيع الفاسد لأنه
فات لم يفت وكلما أن رفع البيع الفاسد أن رفعت قيمته فإن رفعت الشفعة والعرض
ثبوتها وقد أشار في المدونة إلى هذه النكتة إشارة لطيفة قاله بعض حذاق الشيوخ
تنبيه قد تقرر في المعقولات أن كل ما أدى إثباته إلى نفيه فنفيه أولى وقد حصلت
من هذه بيان هذا النمط وفروع الفقه عديدة في أواخر كتابنا المسمى بإيضاح المسالك إلى
قواعد الإمام أبي عبد الله مالك مما يشفع به الحاذق في تلك الفوارق وقد عيّنا عينا
للوقوف عليها فليلتمس هناك فيه والتوفيق بالله وإنما قالوا فيمن اشترى ودفعا
ثم كان يبلغ البنيان إلى أجل فبنى قبل الأجل له قيمة البنيان منقوضا وقالوا فيمن اشترى شقصا
فشفع من يريد بعد أن بناه أن له قيمة البنيان قائما لأن المتطوع بالبنيان متعد لأجل الشرط
الذي في الشرط للبائع إذ ليس له أن يعود به كبنيان المشتري والبائع والخيار لهما بخلاف
مسألة الشفعة لأن المعنى فيها أن الشفيع غائب فقاسم الشريك شركاءه وقاسم السلطان
عن الشفيع الغائب وهو لا يعلم فبقي على حقه في الشفعة ولم يتعد المشتري في البنيان لأنه
إنما بنى في حقه وكذا إن فسخ السلطان على الغائب بقطع شفعته تنبيه المسائل
التي يغرم فيها قيمة البناء مقلوعا الثنيا والغصب والعارية والكراء ومن بنى في
أرض زوجته والورثة والشركاء وسواء بنى بإذنهما أو بغير إذنهما في الجميع عند ابن القاسم

أي الثالثة التي تقع في البيع الصحيح

وقال

وقال ابن عبدوس ان بيع بالمرابحة بقيمته فلا وانما قالوا بالاخذ لا تعلق في العرصة
المتعارك لمن بيده الغائب ولا تؤخذ الشفعة للغائب لان انعقاد العرصة المتعارك ان لم
يأخذ له فات بالنقض ولا يقدر على اخذه والشفعة متى يأخذها متى قدم فقوام
لا يفوت ولو امتنع فالمشتري يقول له اخذ او اترك فقال عبد الحق وانما اوجبوا
الشفعة على قدر الانصباء ولم يوجبوها على عدد الرؤوس واوجبوا التقويم على
المعتقين بقدر الاموال وحصصهم متفاوتة على الرؤوس كثلاثة لاحدهم ثلث
العبد والاخر نصفه والاخر سدسه فاعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في صفقة
واحدة ان نصيب صاحب النصف يقوم عليهما نصفين لان الحرية يدخل الضرر بقليلها كما
يدخل بكثيرها فوجب ان يستويا في القيمة لاستوائهما في الضرر وليس كذلك الشفعة
لان صاحب النصيب الكثير يدخل عليه من الضرر اكثر مما يدخل على صاحب النصيب
القليل فوجب لهذا ان لا ترد الشفعة الى الحرية ولا تكون الا على قدر انصباء الورثة لما
ذكرناه قاله ابن محرز في شرح الجلاب وانما اوجبوا الشفعة بالقيمة اذا صالح
عن دم عمد بشقص من دار او ارض مشتركة واوجبوها بالدية ان كانت عن دم خطأ
لان دم العمد غير مقدر وقد يقع الصلح فيه على القليل والكثير لان الرجل قد يرى
ان يفادي نفسه بجميع ماله ولا يقتل ولا يقتص منه في الجراح وقطع الاعضاء اما
لبغض عدو او لمروءة حاله او لانه يرى ان دم المجروح لا يكافئ دمه بالنسبة الى الجسد
وقد يصالح على القليل لكون المجروح له حاجة الى الدية والجارح لا يحب ان يؤخذ
منه غير القصاص اما لقوة نفسه او لبخله على ماله فيصالح على اقل من الدية
فلم يكن بد من العدول الى ان يأخذ الشفعة بالقيمة والدية عن الخطأ مقدرة والتخفيف
فيه ام لا لانه اذا كانت الدية اقل من الثلث فهي في ماله وقد امن من القصاص وان
كانت اكثر من الثلث فهي على العاقلة وقد امن ايضا من القصاص وما اشبه ذلك
وما اخذته المرأة في الصداق والخلع قاله ابن بشير في شرحه ايضا وانما لزم
الطلاق في قول الرجل ان تزوجت فلانة فهي طالق ولم يلزمه اسقاط الشفعة
في قوله ان اشترى فلان فقد اسقطت عنه الشفعة لان الطلاق حق لله تعالى يلحق
المطلق اذا وقع ولا يستطيع الرجوع فيه برضى المرأة المطلقة اذ ليس له

فوتها فيلزم بعد النكاح كما لو حده بنفسه قبل النكاح واسقاط الشفعة ليس فيه
للغير تعلق وانما هو حق له قبل المشتري فيصح له الرجوع فيه بعد ذلك فلا يلزمه الا بعد
وجوبه له عليه قاله صاحب الاجوبة وانما قال مالك اذا اشترى واحد
شقصا بعبد فهلك العبد ثم قام الشفيع يطلب الشفعة فالقول قول المشتري
في قيمة العبد واذا غاب الرهن الذي يغاب عليه ثم تلف واختلف الراهن والمرتهن في
صفته فاذا وصف حلف على تلك الصفة ثم لزمته قيمته وفي كلا الامرين انما يستحق
قيمته لان الشفيع مدع على المشتري فكان القول قول المشتري في قيمة العبد فان شاء
الشفيع اخذ وان شاء ترك وليس كذلك الرهن لان القيمة انما تجب عند ثبوت صفته
لان الاختلاف انما هو في الصفة قاله ابو بكر بن يونس وغيره والله اعلم وانما
قال ابن القاسم اذا بيعت الرحى مع الارض والبيت الذي هي فيه فلا شفعة في
الرحى بحصة ذلك وقال في رقيق الحائط يباع مع الحائط فالشفعة في الجميع
والجميع قد بيع مع الاصل الذي فيه الشفعة لان الحائط محتاج لرقيقه فرقيقه تبع
له ومن مصلحته وليس كذلك الارض للرحى فانها بالعكس قاله ابن عرفة وانما
قال ابن القاسم بوجوب الشفعة في الثمرة اذا اشتريت مع الاصل ولم تجد وان اشترط مد
بعد ذلك فيهما الشفعة ما لم تيبس لان بقاءها في الاصل ولو يبست اوجب تبعيتها
له باتصالها به قاله ابن عرفة وانما قالوا اذا اخذ الشقص عوضا عن دية فكل
وهي ذهب او ورق انه يأخذ الشفيع الشقص بالدية وان اخذ الشقص عن الدية وهي
ابل انما يأخذ بقيمة الابل وان اشترى شقصا بعروض مضمونة انما يأخذ الشفيع
بمثل تلك العروض المضمونة لان الابل في الدية غير محصلة في الصفة والقدر وانما
هي اسنان فلذلك اخذ بقيمتها وكان الغرر عنده في القيمة ايسر من الغرر في المماثلة وانما
العروض من ابل او غيرها اذا اسلم فيها ذكرت بجميع محصلة الصفة والقدر مضبوطة والرقاب نير
والزوائد كانت دية او غيرها فهي معلومة محصلة فيأخذ في ذلك بالمثل وانما قاله
عبد الحق وانما يقسم الثمر والعنب بالخرص ولا يقسم غيرهما مما يدخر لان ثمرة النخل
والعنب متميزة عن الشجر وورقه ... وليس كذلك سائر الثمار لانها مختلطة
بالورق كلها ولا تتميز منه قاله الابهري وانما قالوا اذا كانت الثمرة

هبة صدقة من الاشراك في قسمهما بالقرعة جائز ويقضي له على الآبي وإذا كانت
بلحا فالقول قول من دعا الى بيعها جملة ولا يقسم بالقرعة ولا عند التراضي لأن الثمرة
إذا كانت مزهية فالداعي منهم الى بيعها يقدر على ذلك اذا وقع القسم وإذا
كانت بلحا لا يقدر الذي اراد البيع على ما اراد لا يبقيها الى الجذاذ بعد
القسم فلذلك افترق الحكم في الفرعين وإنما قالوا إذا باع الورثة التركة
بعضهم من بعض ثم ان الغرماء استوفوا ديونهم مما وجدوا ولم يجعلوا له نقض البيع
كما جعلوه للمستحق لأن الغريم ليس مستحقا حقيقة لأن المستحق يتعلق حقه بعين الشيء
المستحق والغريم انما يتعلق بالتركة من حيث هي الا ترى انه لو تلف [illegible]
كان لهما عليه فافهم فافترقا

فروق كتاب الوصايا

وإنما قالوا إذا أوصى أن يباع عبده من رجل سماه فإنه يحط عنه ثلث قيمة
العبد فإذا حملها الثلث جازت الوصية جازت الوصية ولو باع عبده في مرضه
وحابى فيه لم يجعل شيئا في الثلث الا ان يجيز الورثة لان هذا [illegible] البيع على نفسه
وعلى الورثة والذي اوصى ان يباع انما الزم ذلك الورثة ولم يلزم نفسه ذلك
لانه لو عاش لم يلزمه من ذلك شيء. وإنما قالوا إذا أوصى بعتق جارية فأبت لم
يقبل منها كانت من جواري الوطء أم لا وإذا أوصى ببيعها ممن يعتقها فلها الخيار لأن
الموصي بعتقها انما اراد نفسه فلا بد من نفاذ وصيته والذي اوصى ببيعها انما اراد
النفع لورثته ونفع الجارية بالبيع فلها ان تكره ذلك اذا كانت من جواري الوطء
وإنما قالوا إذا أوصى لعبده بنفسه او بجزء من نفسه يعتق فيما بقي من ماله وإذا
اوصى ان يعتق جزء من عبده لا يعتق فيما بقي من المال لأن الذي اوصى له بعتق نفسه
ملك نفسه فعتق ذلك البعض فاشبه المعتق لشقص [illegible] يكمل فيه عتق
الباقي وإذا كان الجزء هو الموصي ان يعتق جزء من العبد فقد ملك العبد من نفسه
شيئا فلم يكن اعتق شقصا فلم يعتق فيما بقي اذ ذلك فعل غيره وإنما
قالوا إذا أوصى الرجل بخدمة عبده مدة معلومة وأوصى للآخر برقبته فجنى العبد
جناية فافتكه المخدم لم يرجع بذلك على الموصى له بالرقبة ولم يكن لهما شيء

بعد الخدمة وإذا أخدم عبده رجلا فجنى العبد جناية فإن افتكه المخدم ثبت على
خدمته وإلا قيل للمخدم افتكه فإن فعل رجع بذلك على العبد فإن دفع العبد ما
افتكه به أخذه وإلا لم يكن للعبد تسليم والكلام يبتني على الخدمة معلومة لأن
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر لا يدخل في ملك الموصى له بالرقبة إلا بعد
استيفاء الخدمة فإذا دفع المخدم الجناية لم يرجع بما عليه لأنه وفى عن دخوله
في ملكه ليس تتعلق به جناية وليس كذلك العبد والمخدم في جناية العبد ولهم
فقصدا إلى أخذ العبد وبناء على القول بأن نفقة الموصى بخدمته وبرقبته تكون
على صاحب الخدمة وإنما قال مالك يجوز الوصية للمدبر والمكاتب وقد
يجوز الإقرار له بالدين في كلا الموضعين فيها أخرج قال عن الورثة لأن الميت
يتهم في الوصية للمدبر والمكاتب لأنهما يخرجان من الثلث والثلث له التصرف
فيه ولا يرد بين المدبر وغيره لأن التهمة لا تتوجه إليه في ذلك وأما الإقرار بالدين
لكنه فتتوجه التهمة إليه في ذلك أن يكون أراد أن يفر بالورثة لأنه يخرج من رأس
المال فلم يجز وإنما قال مالك فيمن أسكن رجلا مسكنا إلى أجل فمات الساكن قبل
الأجل فإن ذلك يسكنه لورثته إلى انقضاء أجله وإن لم يكن له وارث عاد المسكن إلى ربه
ومن أوصى بنفقة على رجل في كل شهر فمات الموصى له قبل تمامها لم يكن لورثته شيء من
نفقته لأن السكنى إنما كانت بأجل فصار ملكه ذلك في زمان الأجل فصار بمنزلة
العارية وأما النفقة فقصد بها استيفاء مؤنته وإذا مات انقطع عليه
وكفي المؤونة عنه في ذلك الأجل فإن مات فبطلت عادت إليه كالتعمير وإنما
لم يجعلوا الرهن وتزويج الرقيق وتعليمه والوطء مع العزل دليلا على الرجوع
في الوصية وجعلوا ذلك دليلا على الرجوع في بيع الخيار وفي العتق لأن الموصى به على
ملك الموصي قبل الموت فله التصرف فيه وإنما تخلص للموصى له بالموت بخلاف
الخيار والعتق وإنما دخل المدبر في الصحة فيما علم به الموصي ومما لم يعلم به
ولا يدخل المدبر في المرض إلا فيما علم به كالوصية على المعروف لأن الصحيح فمن
عتقه من جميع ماله فقد يكون بقدر تدبيره وبين قدرته اليسيرة الكثيرة بخلاف المدبر
في المرض فإنه يتوقع الموت من مرضه وهو عالم بماله فإنما يقصد ارتجاع أفعاله

فيما علمه وإنما قال ابن القاسم إذا أوصى أن يشترى عبد فلان لفلان فزيد ثلثه
فأبى الزيادة دفع المبذول كله للموصى له لأن ذلك عوضه وقال إذا أوصى أن
يباع من فلان بنقص ثلثه فإن أبى أن يشتريه بوضيعة الثلث دفع ثلثه له وكان
الواجب على مذاهب المشتري قيمته إذا امتنع من بيعه بمثل قيمته وثلث قيمته أن يدفع
ثلث قيمته له لأنه لو باعه بمثل ثلثه لم يكن للمشتري له غير العبد والزيادة له
أعطاه زيادة للمشتري فيه فلا وجه لدفع ذلك للمشتري له فإنما أن يكون للمشتري
فيه أن يكون فيها ثلاث وصايا وصية للبائع ووصية للمشتري له فجعل
المقصود الأعظم وصية الموصى له بشراء عبد ووصية البائع في حكم التبع ولا
كذلك الأعزواء لكبير فيها إلا وصية واحدة قاله الشيخ أبو الحسن الصغير
وإنما قال ابن القاسم إذا امتنع ليزداد ثمنا يدفع للموصى له ثمنه وإذا امتنع بخلا
لا يدفع إليه شيء وتبطل الوصية لأن الشراء إذا امتنع ليزداد ثمنا فقد ملك
الورثة شراءه فيكون عليهم دفع عوضه وإذا امتنع بخلا فلم يملكوا شيئا فتبطل
الوصية وأيضا إذا كان ليزداد ثمنا فقد سمى منابذ الشريعة فيدفع إلى الموصى
له وفيما امتنع أصلا وبخلا لم يسم ثمنا فما الذي يدفع إليه فتبطل الوصية لذلك قاله
الشيخ أبو الحسن الصغير وإنما قال في المدونة لا يجبر المكاتب نفسه ليكون رقيقا
وإذا أوصى ببيع عبده ممن أحب فلان قيمة العبد تحمل فيباع ممن أحب دون عتق ثلثه
ترجيحا للرق لأن عقد الكتابة لما تضمن حريته لم يملك نقضه وفي الوصية ببيعه ممن
أحب لو أعتق ثلثه لزم عدم إعمال الوصية فهو كالمخير في رقه وحريته وإنما
قال ابن القاسم إذا أوصى لرجل من غلة داره بدينار كل سنة أو من غلة حائطه
بخمسة أوسق كل سنة إن لم يحمل الثلث داره أو حائطه خير الورثة بين أن ينفذوا
ذلك أو القطع بثلث التركة من كل شيء وإذا أوصى بمال للمساكين ولم يحملها
الثلث فلا خيار للورثة إما أن يجيزوا أو يدفعوا لهم الثلث فلا في ذلك الشيء
بعينه لأن الوصية إذا كانت للمساكين لا يرجى مرجعها إلى الورثة وفي رجل بعينه
أو قوم بأعيانهم يرجى مرجعها إذا هلكوا وكذلك الحبس المعقب حكمه حكم الوصية
للمساكين قاله ابن يونس وإنما لم يجز للوصي أن يشتري بالدين على أيتامه ويشتري

ثمنه

لهم بالتعدي لأن الجميع شراء لأن ما اشترى لهم بالدين قد يهلك فيطالبون بالثمن
عند حلوله وتباع عليهم فيه أموالهم إن كانت لهم أموال وتتبع ذممهم إن لم
يكن لهم مال وأيضا ما اشتراه بالدين يزاد فيه على القيمة ولا يجوز أن يشترى
لليتيم شيء بأكثر من القيمة فإن فعل نظر السلطان في ذلك فإن رءاه نظرا أمضاه على
اليتيم امتثالا وإلا رده قال في الرواية فإن رده ولم يجعله على اليتيم لزم الوصي
ولم يكن له أن يرده إلا أن يكون البائع قد صدقه فيما زعم على أنه إنما اشترى ليتيمه
أو قام عليه على ذلك بتصريح أو إقرار فلا يلزم الوصي الشراء إذا رده الإمام عن اليتيم
وإنما جاز للوصي أن يوصي إلى غيره بما أوصى به إليه ولا يجوز للوكيل ولا لمقدم القاضي
أن يوصي لغيره لأن القاضي والوكيل حاضران فيما ينظران لا لنفسهما ولا يكون ذلك في الوصي
تنبيه قال الشيخ أبو القاسم ابن محرز كل من ملك حقا على وجه لا يملك مع القيام
به عزله فله أن يوصي به ويستخلف عليه كالخليفة والوصي والحبس على مذهب
ابن القاسم وإمام الصلاة وكل من ملك حقا يملك مع القيام عزله عنه فليس له
أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان معه أنه نائب أو خليفة القاضي وإنما
قال مالك لا تجوز الوصية إلى غير المسلم وتجوز الرد بعد القبول لأن الوصية أجرى
فيها للورثة دون الموصي فلم تجز إلى غير المسلم كلف الغير من معه بردها ليبرأ وبعد
إلى غيره إلا أن من رفع الذي يجوز دفعها ولا كذلك الرد بعده فإن دفعه إليها للمودع
وكان له دفعه إلى من شاء فافترقا لذلك وإنما قال مالك لا يقبل قول الوصي
في دفع مال اليتيم بلا إشهاد ويقبل قوله في النفقة وفي الجميع مع يمين لا خراج مال
عن يده لأن النفقة لا يمكنه الإشهاد عليها لأنه لو كلف ذلك لضر به فيقبل قوله
فيها من غير شهود ولا كذلك الدفع فإنه يمكن الإشهاد عليه بلا مضرة بخلاف النفقة
وإنما قال بعض الشيوخ فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان وفي
أولاده من لم يسم أنه يدخل في الإيصاء من سمي ومن لم يسم وإذا حبس على ولده وفلان
وفلان وفلان ولم يسم الآخرين أنه لا يدخل في الحبس إلا من سمي لأن الوصية
بالأولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم ومن مكنه التعميم فالتسمية للتخصيص
ولا كذلك الوقف فإنه قد علم أن المقصود فيه اغتنام المنافع ويجوز قصرها

على

على بعض دون بعض فيصح ان يقال فيه للتسمية فيه اثر وانما فرقت كفارة
القتل لحكمها على كفارة الظهار وعند الفيوم لم تعدم كفارة الظهار عليها لان
كفارة القتل لا عوض لها في الحال وعتق الظهار فيه عوض في الحال وسوالا كمفلع
بكذا او نسع وانما قالوا فيمن تكلف بالكثير من ثلث ماله في مرضه فرد له الورثة
ان الوصية تدخل فيه وان اوصى لوارث فلم يجيزوها لم تدخل فيها الوصايا لان
الميت قد علم في الكفالة انه يرجع على المكفول خلاف الوصية للوارث فانهم لما لم
يجيزوها صارت كالتي يعلم به الميت اذ يمكن ان يجيزوا الورثة ذلك والله اعلم
وانما قال اشهب اذا اوصى بثلثه لرجل اخبرته بما يصنع فيصرفه انه يعزل
وان قال الوصي لا شيء وان اوصى ان يجعل ثلثه حيث يراه فانه ان اعطاه لولد
نفسه لوارثه لا يجوز الا ان يكون لذلك وجه يكون صوابه لان المسألة الثانية احال
الموصي فيها على نظر الوصي وعين ذلك النظر ولا يكون لقلة امر فلذا اعطى
لولد نفسه وشبهه بكون عطاءه تهمة فيرد بخلاف الاولى فان الميت قد احال فيها
على اجتهاد الوصي وذلك امر لا يعرف الا من جهة الوصي ولا يكون فيه صواب ولا خطأ

فرق وكتاب العطايا

وانما قال في العتبية اذا حبس دارا على فقراء بني فلان فاستغنوا انها تنزع منهم
وترجع الى عصبة المحبس لو بقي المحبس عليهم وسماهم وقال في الدار حبس على فلان
وفلان وفلان الفقراء من بني فلان فاستغنوا انها لا تنزع منهم وكانوا احق بها طول حياتهم
وان استغنوا لانه قوله الفقراء اذا اسماهم انما هو زيادة في بيان التعيين لهم فلا
يحرمهم به كما لو قال الجمال او العلماء او الحكماء لم يسقط حقهم بانتفاء ذلك
الصفة التي عينها وانما قال في الجلاب من حبس عقارا خرب لم يجز بيعه ومن حبس
حيوانا فكبر وهرم فلا باس ببيعه واشتراء مثله لان العقار اذا خرب فقد ينتفع
به بوجه بان يكري ويوهب لمن يكراه ويعمر به او لا حتى يعود الى حالته فلا ينقطع
الانتفاع به وانقطاع   فلا ينتفع به فيحتاج نقله الى غيره لزوال الانتفاع
به ولم يجز نقل الدار الى غيرها لان المنفعة توجد فيها بوجه ما وقد
تعود الى ما كانت عليه من العمارة والمنفعة ولهذه العلة قال لا تباع انقاضها

وإنما قال في المدونة إذا كان الموقوف لم يحز على الواقف ولا كتبه بحوزه في
مصارفه فإن كان ذا غلة فليس بحوز كالرباع ونحوها وإن لم يكن ذا غلة كالسلاح
والكتب والخيل يدفعها لمن يقاتل بها أو ينتفع فيها ثم يعيدها إلى المحبس فذلك
حوز لأن خروج الكتاب والسلاح والخيل من يده حوز لها وعودها إليه فيه
إنما كان بعد صحة الحوز بخلاف ما إذا كان يكري ويصرف الغلة فإنه لم يحز
عنه وإنما يكون ينقض ما بني في الزمان والمقابر لها خصوصية بالحوز فتحبيس
ابتداء فلا واختلف في نقض ما بني في الحبس أي نقض الزمان وإن وقع موقع الحبس
فهو حبس ممنوع في الشرع عنه فإن ورثه لكراهة البناء عليها كمن حبس حبسا لا يوجبه
الشرع فإنه مردود فيتعين قاله عياض في سؤاله لأنه لا يورث وإنما قالوا النيابة
في شيء من الأفعال التي يفتقر النكاح عليها جائزة وتجب في الهبة والصدقة
ولا يتم إلا به لأن الحمل محل الشيء من أجل البضع وإنما قالوا إذا فسخ
النكاح لزمه نفقة الحمل عليه ومن أجله ثم لا النفقة ثابتة للحمول له وفارق
الذي تحمل بصداق أو نفقة وهلك قبل البناء أن يكون الصداق يرجع للوارث لأن الصداق
في النكاح غلة البضع فلما زال حكم البضع بزوال عصمة الزوج عنه زال ما في
الصداق عنه لأنه من سبب البضع والحكاية في الأفعال بخلاف ذلك إذ ليس لها
عوض إنما هي عطية لتمام النكاح والإشهاد على ذلك يكفي والله أعلم
وإنما قال ابن القاسم إذا وهبت المرأة لزوجها دارها وسكنتها معه أن الفلس أو
الموت لا يبطل الحوز وإذا وهبها الزوج دار سكناه ولم ينتقل عنها إلى أن مات
أو فلس بطل الحوز لأن اليد في السكنى للزوج فسكناها تابعة لسكناه فلذلك
صحت الهبة في دار وهبتها لزوجها وسكنتها معه بخلاف العكس وإنما
قال ابن القاسم إذا وهب رب الدين دينه للمودع ولم يقبل المودع فبلغت إلى
أن فلس الواهب أن الهبة باطلة وإذا قبض الموهوب له الهبة ليتروى ثم مات
الواهب أن الهبة صحيحة لأن ابتداء القبض في الموهوب له في التروي قوي في الدلالة
على الرضى بخلاف الوديعة فإنه ليس فيها ذلك فافترقا وإنما قال ابن
القاسم إذا وهب للمودع وديعة وهي لغيب المودع وقال الواهب وعلم المودع أن

الهبة

الهبة تم وصرف المودع حوز للموهوب له وإذا وهب ما تحت يد وكيله ولم يقبضه
الموهوب له إلى أن مات الواهب بطلت الهبة لأن يد الوكيل كيد الموكل بخلاف
المودع بعد وإنما اشترط ابن القاسم في هبة حوز المودع علمه للموهوب له ولم
يشترطه فيما تحت يد المخدم والمستعير لأن المودع إذا كان قادرا على رده فما تحت
يده المودع بعد له كان كالوكيل لم يستقبض على ذلك والموهوب له هو
المالك الآن فلا بد من علم المودع لمن هو حائز والمخدم والمستعير غير قادر على
رده فلا فائدة من الحكم في ابتدائهما وكيلين لأحد فلا يشترط علمهما بذلك قاله الشيخ
أبو الحسن التونسي وإنما لم يجعل ابن القاسم ما تحت يد المرتهن والمستأجر
حوزا للموهوب له وجعل ما تحت يد المستخدم والمستعير حوزا لأن المخدم والمستعير
يحوز عن ربه والمستأجر والمرتهن يحوز لنفسه وإنما قالوا إذا حصل التزويج
أو الدين ثم ارتفعا لم يعد الاعتصار للأب في الهبة وإذا مرض الواهب أو الموهوب
له ثم زال المرض فاختلف هل يعود الاعتصار أو لا لأن المرض أمر لم يدخل الناس
عليه فهو بخلاف النكاح والمداينة وإنما قالوا إذا رد العبد الهبة ولم
يقبلها أنه لا يكون للسيد قبولها وإذا رد الشفعة للسيد أن يأخذ لأن الشفعة
تسليم هو واجب وليست الهبة حقا واجبا لأن الشفعة أوجبها للعبد الشرع
لا منة لأحد والهبة بخلاف ذلك قاله أبو عمران وإنما أوجبوا النفقة على الغنم
والإماء التي وهب ما في بطونها على الواهب وأوجبوا السقي والعلاج في الثمر
والزرع الموهوبين على الموهوب له لأن المراد إلا على الغنم والإماء فلا بد لها
أولادها إذ لو ترك ذلك لما نبت ولا كذلك الثمرة والزرع فإن المصلحة في سقيه
إنما هو لصاحبه لا لغيره قاله أبو عمران وإنما قالوا إذا باع الهبة ثم
اشتراها بعد لزومه الثواب وإذا ابتاع السلعة ابتياعا فاسدا ثم [illegible] إليه
أنه لا يفيتها لأن رجوعه في الهبة وفسخ البيع فيهما بعذر غير بالثواب وله أن يلتزم
الهبة ويوجب ويوجب على نفسه الثواب ولا كذلك البيع فإنه فاسد لعينه لا يقدر
على بقائه فإذا باع ثم رجعت إليه بغير عادة أي ملكه برد ثان فإن يحملها تحول
والله أعلم قاله عبد الحميد وإنما حكم البيع الفاسد بعشر لولا [illegible]

فاذا كانت الدار لجماعة فسكتوا فيها في المدونة اذا اوصى بعبد بين شريكين فيبيع
فباع احدهما انه لا يقوم بذلك العبدان جميعا ولا يفيئ النصيب في الزائد جميعهما
واخر احدهما بالله فيهما وانما ذلك يكون في البيع خاصة واذا اوصى بدار او باع احدهما
له نصيبها ان النصيب منها بالخيار فان يتبعه بقيمة جميع الدار او يأخذ نصيبها
ويتبع بنصف قيمتها لان الموصى له يقول ان النصيب نصف الدار التي لم يبع فضل له
من شركته فيتبع النصف ولا كذلك مسئلة العبدين فافترقا وكذا فيها قال ابن
القاسم في العتبية لا يقوم العبدان جميعا فيتبع الادنى منهما ولا يبيع احدهما اذا كانا
مشتركين فيبرئ في الخيار اذا باع الادنى منهما يلزمه البيع فيهما لان صفة النواب
كم يقيما المقوم والبيع كم بعد الدكاكين فكان حمله اغلظ على المشتري في
الزائد من العبد بدلالة عبد العبد وانما جاز ان يهب الجزء لبعض ولده دون
بعض من ماله ويكره له ان يهب له ماله كله او جله لان صفة الكلاء والحمل
تؤدي الى العقوق وترك البر وتورث العسر والاعسار وكذلك الا انه لا يوجب
من العداوة والبغضاء ما يوجبه الكلاء الاكثر ولا يتولد عنه من العسر ما يتولد
عنهما والله اعلم

فروق كتاب الوديعة

وانما لم يقبل قول المودع انه رد الوديعة اذا قبضها ببينة واذا ادعى
التلف يقبل بكل حال لان التلف من امانة على غيبته فلا يلزم المودع اقامة البينة
عليه لانه ان المودوع عليه وفي الرد هو مدع لذلك عليه في اقامة البينة ولانه ائتمن
بلا بينة فيبرأ بيمينه عند الرد اليه فالبينة ان يشهد وانما قال فلك يضمن
حمل الوديعة في سفر ... له ... والاكرياء وامونة انه لا ضمان
عليه ويجوز له ذلك واذا استودع في الحضر وعرض له السفر فلا يحملها وان حملها
ضمن لان الاول قد اذن له في السفر بها وذلك البلد ولم يتعرض للرجوع الى غيره
الا من ضرورة والثاني لم يرض بها ان تكون عند المتعدي ولا اختاره
والثالث العروض منها الحفظ فكان له دفعها الى غيره وانما قالوا اذا تعدى
المودع على الوديعة فاشترى بها تجارة فربح فيها ان الربح له واذا تعدى

يجوز للمودع ان يودع الوديعة عند غيره للامن

القراض في قال القراض فاشترى بثمن الذي امره بشرائه ان الخيار لرب المال في ان
يضمنه وبين ان يقره على القراض وبهذا يفسد الربح مع ان النظر في كلا الموضعين موجود
لان المودع لم يقصد بها وجه التنمية وانما قصد بها الحفظ. فلم يزل عن مقصد
المودع فيها لان الحفظ موجود فيها على كل حال وليس كذلك
القراض لان رب المال قصد بذلك التنمية فلو لم يكن الخيار لكان العامل قد تعدى
عنه وليس كذلك فافترقا وانما قالوا في المودع عنده اذا ادعى الرد على
المودعة التي عنده بثمنها واذا ادعى المودع الضلال على ضبر فلا ضمان لان المودع
ادعى ما لا يلزمه حفظه فاذا اتلفه المودع لم يلزم الدال ضمان كما لو دله
على دينه او كذلك المودع لانه قد كلف حفظ الوديعة والرد عنها بتكلف
الشرع فلما تعدى ما الشرع وخالفه فقد تعدى المعنى الذي عهد الشرع وجب عليه
الضمان وانما قالوا اذا دفع رجل لرجل مالا وامره ان يدفعه الى زيد فادعى انه
دفعه اليه وانكر ذلك المبعوث اليه لم يقبل قول المامور الا ان يقيم بينة على الدفع
وان ادعى تلف المال صدق في ذلك لان الشغل بمودعه لا اخراج المال عن يده لان المامور
في التلف مؤتمن فلذلك صدق وليس كذلك الاعطاء لانه يحتاج الى نقله من ذمته الى ذمة
لم يؤمر بتضييع المال فاذا دفعه بغير بينة كان متعديا فلزمه ذلك وايضا فانه
ان يقال انه مودع للاشتغال ذمته بغيره وبراءة ذمته فلم يقبل قوله وليس كذلك
في التلف لانه غير مودع لاشتغال غيره فقيد وانما قالوا اذا اشترط الرسول ان لا
شهادة على من يدفع اليه انه ينفعه ذلك واذا اشترط ان لا يمين عليه لم ينفعه ذلك
لان اليمين انما يتكفر بها جحود تعلقها وكانه شرط اسقاط امر لم يكن بعد فلا يفي
شرطه ترك الاشهاد انما كتب به وانما خوف عليه فيه ان يدفع بالبينة فلا امر في
ذلك معتبر وقاله ابن حبيب وانما قالوا اذا اودع الوديعة رجلين ولم يذكر فيهما
عدل فليس للسلطان ان يخلعهما بل يبقى المال بايديهما كما جعلها ربها واذا اوصى
الى رجلين ولم يكن فيهما عدل ان السلطان يعزلهما ويجعله عند غيرهما الا ان يكون اذا
قلنا ان ماله لغيره فلا يجوز ان يدفع حجبه الى ثقة والحق يختار لود بعثه مراجب
وانما قالوا اذا ادعى رب الوديعة الرد بها فانه يحلف كان معروفا بتهم ام لا

وإذا ادعى الضياع فإنه يصدق ولا يجبر لأن الذي يدعي الرد فرقا بين الرد بعينه
من عنده إلى الغير أنه كاذب لم يرد ولا كذلك الضياع فإنه لا علم له بحقيقته وإنما
يتهم من جهة الجحود فلا يجبر عليه فيما إلا أن يكون فيهما وإنما قال في المدونة
إذا أودع عنده دابة وغاب فأنفقت عليها بغير أمر السلطان فإن الإمام يبيعها
ويعطيك ما أديت من النفقة إذا لم ترع شيئا فيقبل قوله أنه أنفق من غير
رفع إلى الحاكم وقال في الزوجة ترفع إلا نفقة ولا يقبل قولها إلا بعد أن ترفع أمرها
إلى الحاكم لأن المنفق يقول إنما أودع عندي دابة ولم يود عندي ما ينفق عليها النفقة
عليها فيقبل قوله أنه لم يرجع إليه إلا شيئا وأما الزوجة إذا غاب عنها
فقد تركته في دارها وموضع نفقته فسكوتها يدل أنها أنفقته من قبله لا من مالها

فروق كتاب اللقطة

وإنما قال مالك إذا استهلك العبد اللقطة قبل تمام السنة كانت في رقبته
وإذا استهلكها بعد السنة كانت في ذمته وإن استهلكها الحر كانت في ذمته استهلكها
قبل السنة أو بعدها والجميع استهلاك لأن العبد إذا استهلكها قبل السنة
كان متعديا وإذا تعدى العبد على مال الغير كان ذلك في رقبته وإن كان بعد السنة
لم يكن متعديا لأنه قد أذن له في إنفاقها فكانت في ذمته دون رقبته كما لو أذن له رجل
في أن يتلف شيئا من ماله ولا كذلك الحر فإن أفعاله متساوية التعدي وغيره إن ذلك
في ذمته دون رقبته فلذلك استوى استهلاكه قبل السنة وبعدها فافترقا حكم
الحر والعبد وإنما قال في المدونة إذا اعترف آبقا فأثبته للسلطان بشاهد
أنه يحلف معه ويأخذه وإذا ادعاه ولا شاهد له وصدقه العبد فإنه يأخذه بلا
يمين لأن الذي يقيم شاهدا ويحلف يأخذه على جهة الملك إلا ترى أن جاء غيره ببينة
وأقام شاهدا ينكر أو الشاهد من أعدل وإذا أخذه بدعواه كان صاحب الشاهد أولى
منه وأيضا فإن الذي أقام شاهدا يحلف والآخذ للملك عبرة بالأمر من العبد لم يضمنه
وإذا أخذه بدعواه ضمنه وأيضا فإن من يقيم شاهدا يحلف ويستحقه في الوقت من
غير استيناء والذي يأخذه بالدعوى لا يأخذه إلا بعد الاستيناء والتلوم باجتهاد
الحاكم فافترقا وإنما قال ابن القاسم إن لرب اللقطة يتبع المساكين وليس له نقض

نقض

بيع فليعرفها الآن الملتقط بالعمل خوفا من ضياعها وأوقف ثمنها فلم ينقض بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام شأنك بها والحسا كبرا فيا عوضها على انها ملك لهم فليستنفقها نفقت هي عليهم كنفقته بيع المشترى والله سبحانه وقال ابن يونس وإنما قال ابن القاسم إذا أتلفها إذ قال العبد الآبق ثم أتى سيده بعد ذلك فقال كنت اعتقته أنه لا يصدق وإن كانت أمة فقال كنت أولدتها أنه يصدق إن لم يتهم لأن العتق شأنه أن يتوقع فيه ويشتهر بين أعيان الناس فيه فلذا لم يثبت في ذلك اتهم في ولادة الأمة ليس من شأن الناس الإشهاد عليه وإلا شهادة له فإذا انتفت التهمة عن السيد صدق في ذلك قال عبد الحق وإنما قال في الجلاب من وجد بعيرا في الصحراء فلا يأخذه وليتركه ومن وجد شاة في الصحراء فليأكلها إن غنمه أو كانت معه أو أتى قرية إن كانت بالقرب منها فإن لم يعرفها فيضمن الثمن فلا يأمن أن يأكلها ويضمنها لأن الإبل تحفظ نفسها وتمتنع من الوحوش وتعيش بنفسها وتقدر على الشرب من الغدير والأكل من الشجر وتقدر على مصابرة الجوع والعطش بعد خوف الهلاك عليها وليس كذلك ضالة الغنم فإنها لا تحفظ نفسها ولا تقدر على مصابرة الجوع ولا العطش وهي في غير الفلاة والتلف ولها أن يأكلها ومن عليه الضمان ولا قول له أيضا فورده في ضالة الإبل قوله عليه الصلاة والسلام جوابا لمن سأله ذلك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وقال في ضالة الغنم هي لك أو لأخيك أو للذئب والأول أولى

فروع كتاب الحدود في الزنى

وإنما قالوا فيمن وطئ أمة ابنه أنه يحد ولم يوجبوا عليه لها صداقا لأن الصداق هو عوض الإذن فيه فلما وجدناه لو فعله لها عوضا أو اشتراها فيه ولا حد فكذلك ههنا وإنما الحد حق من حقوق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهك وجعل قاله عبد الحق أيضا الصداق إنما يجب لأنه لا يخلو أن يجب لها أو لوارثها وقد بطل أن يجب لها شيء بعد موتها لأنها من ينتفع ولها ملك شيء كالجنين يوهب له أو يوصى له فيستحق الجنين أو يخلو فيها فإن الشيء الموهوب يرجع إلى واهبه إذا لم يملكه الجنين فبطل أيضا أن يجب لوارثها لأنه لو كانوا يملكون العوض عن البضع لوجب أن يكونوا أولى

للبضع الذي وجب على مستهلكه مثل العوض، ولما ثبت أن ملك البضع لا يشغل إلا بما
لم يثبت الحد عن مهره والله أعلم. قال الشيخ أبو القاسم بن محرز: وإنما أوجبوا
الحد على من وطئ الثيبة ولم يوجبوا القطع على من قطع فيها عضوا لأن حد الزنى يجب
للزنى، وهو زان بها على وجه لا شبهة له فيه، فكان الحد واجبا عليه، والقطع
إنما يجب في العضو إذا كانت منفعته قائمة، وأما قائم منفعته فيه من أجل عمائه فلا
قصاص فيه كاليد الشلاء. وأما لو افتضها من غير جنبة لمحرمته لم يكن قصاصا في
الحقيقة لأن الذي أخذ منه أكثر من الذي أتلف، والقصاص موضوع على التساوي، وإن تبين
العضو المتلف والعضو المقتص منه. قال الشيخ أبو القاسم ابن محرز: وإنما قلنا
إذا ظهر الحمل من وجب عليها الحد فإن كانت ثيبا رجمت ولم تؤخر، وإن كانت بكرا
لم تجلد حتى تخرج من نفاسها، وفي كلا الموضعين من وجب عليه الحد من الزنى لأن البكر حدها الجلد وكل
من كان حده الجلد فلا يجلد وهو يخشى عليه فيه التلف، وذلك موجود في النفساء من أجل
مرضها، والثيب حدها الرجم فلا فائدة في تأخيرها لأن الذي أخر من أجله موجود
وهو التلف، لأن الرجم يأتي على ذلك كله فافترقا. وإنما قالوا إذا أقر العبد بالزنى
والسرقة قبل إقراره ووجب عليه الحد وإن أكذبه السيد، وإن أقر بدين لا يشبه أو بغصب
لم يقبل إقراره إذا أكذبه السيد، والجميع إقرار لأن إقراره بالسرقة لا يتهم فيه أن يكون أراد
أو بسيده لأنها عقوبة تحل به، وليس كذلك إقراره بدين أو غصب، لأن التهمة
تلحقه فيه أن يكون أراد إخراج شيء مما في يده عن سيده، فلم يقبل إقراره بتكذيب سيده
فافترقا. وإنما قال مالك يقيم الرجل على عبده وأمته حد الزنى ولا يقيم حد
السرقة وكلاهما حد، لأن حد الزنى لا يتهم فيه السيد إذا أقامه بخلاف حد السرقة
لأنه قطع عضو، وذلك مثلة يعتق عليه بها، فلو مكن من ذلك لكان كل من مثل بعبده
مثلة يدعي أنه قطعه في السرقة فيصير ذريعة إلى إبطال العقوبة في المثلة. فتضييعه
قال الشيخ أبو محمد: إنما يقيم الرجل على أمته حد الزنى إذا كانت لا زوج لها أو كان
زوجها عبدا له، وأما إذا كان زوجها حرا أو عبدا لغيره فلا يقيم السيد عليها
الحد لما في ذلك من التهمة في حق الغير وإبطال فراشه، ولا بد للسيد على ملك غيره
وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بينة أو إقرار، وأما برؤية السيد أو علمه فعلى قولين

وإنما

وإنما قال ابن الجلاب لا يحكم الحاكم بعلمه في حد الزنى ولا غيره ويحكم السيد
بعلمه في حد أمته وعبده إذا زنيا على أحد الروايتين لأن السيد لا يتهم على عبده وأمته
والحاكم يتهم على رعيته وإنما قال في المدونة في كتاب الكتابة إذا سرق
يقطع وإذا زنى لا يحد مع أن العكس كان أولى لأن السرقة آكد التكلم فيهم والفساد
في الأرض فيحكم فيهم فيها وفيها حق لآدمي مع حق الله وللزنى حق الله فقط
فتكلمهم فيه أخف شأنا منهم ولا حد في الزنى لأن غالب الأمر في الزنى فيها أن تكون
كما رغبة وإن كانت مكرهة فلا تسميه زنى وأيضا السرقة من الذي ساد في العرض
فيقطع ليتنكل عن أقوال الناس الذي جعلها الله صونا لحياتهم ولا كذلك الزنى فإنه
ليس فيه ما في الضرر في الأموال لأنه إن كان زنى بكافرة فليس يتهم عليه من
الكفر بالمدة أعظم من زناهم ومع ذلك لا ضرر على المسلمين فيه وإن كان زنى
بمسلمة فإن كان طوعا عنه حد ونكل وإن أكرهها قتل وإنما قال مالك إذا وطئ أحد
الشريكين جارية بينه وبين غيره فلا حد عليه وإذا سرق أحدهما من مال الشركة
ما قد احرز عنه فوق حقه بثلاثة دراهم قطع وفي الموضعين معا حق يغلب إقامته
ولا شبهة في المال لأن المال يتبعض ولا شبهة في الجارية إذ من ملك بعضها
فدرئ عنه الحد للشبهة وليس كذلك السرقة لأن الحد يجب إذا أخذ مقدار المحدود
وذلك موجود إذا سرق من مال الشركة فوق حقه بثلاثة دراهم وإنما قالوا
إذا سرق من مال أهل الحرب فلا قطع عليه وإذا وطئ الحربية فعليه الحد في كلا
الموضعين فيه اشتباه فإن الحربي لأن أموال أهل الحرب مباحة فجاز الانتفاع بها
ولا حد في سرقتها ولا كذلك الوطء فإنه لا يجوز إلا بنكاح أو ملك يمين وإن وطئ
الحربية قبل حصول ملك الغنيمة فقد زنى وعليه الحد وإنما قالوا إذا
أوصى بجارية فوطئها قبل موت الموصي حد وإذا وطئها بعد موته فلا حد عليه
سواء كان لها مال أو لم يكن وفي كلا الموضعين فقد وطئ من أوصى له بها في
الوصية أنه يثبت حكمها بالموت إذ للموصي أن يرجع فيها فإذا وطئ قبل
الموت فقد وطئ من لا شبهة له في ملكه وليس كذلك بعد الموت لأن الشبهة
قائمة فلم يكن عليه حد وإن جاز لا يكون له وإنما قالوا إذا شهد على امرأة

بل يزني لا تقتل للاستبراء حتى يكون حملا كما هو إلا أن يتوقف على حملها خشية
تضع وإذا زنت من لها زوج مرسل عليها فإنها تستبرأ بحيضة ثم بعد ذلك
ترجم لأن طالب التكملة ههنا قائم وهو الزوج الذي له حجة في نسبه وبه
طالب في الزنى بها فلذلك وجبت الأناة بكون الحمل كما هو وإنما قالوا إذا
وطئ أمة وادعى أن سيدها أباحها له ووجبنا على ربها اليمين مع علمهما أن
الحدود تسقط عن الواطئ إذا حلف ونفي له بها وإذا سرق متاعا من دار رجل ثم
قال أحلفوا ربها احتاج أنه ليس له فنكل عن اليمين في الدار أن القطع لا بد منه
وإن حلف السارق استوجب المتاع لأن الحكم فيما كان أو عزروا إنما يثبت
البينة من أجل شبهة أو بدلا علامة بل إذا وطئ مستترا بعد بعل البعل المعروف
به بلا حجة عليه وإن كان خر الذي أخذ المتاع مستترا بعد فعل فعل السارق
فوجب قطعه إذ لو كان لكان يأخذ الكل وإنما قال في المدونة إذا زنى مسلم
بكافرة حد وكافرة لم تحد وترد إلى أهل دينها لأن الحد تطهير للمسلمين والكافر لم يتحكم
الحد تنبيهه قال عبد الحق عن بعض القرويين إنما ترد الذمية إلى أهل دينها إذا لم
ذكر المسلم بالمحاكمة بل لما ترد إلى أهل دينها لأن من أطاع أحرى يمنع من ردها إلى أهل الكفر
وإنما قال في المدونة إذا زنت المرأة وقالت إنه حامل ينظر إليها النساء فإن
صدقنها لم يعجل عليها بالحد وإلا حدت وإذا زنت وشهد عليها وقالت أنا عذراء أو
رتقاء ونظر إليها النساء وصدقنها لم يلتفت إلى قولهن والجميع شهادة النساء
فيما يدفع الحد وقبل شهادة النساء في الحمل لم يرفع الحد وإنما أخرته ثم بعد ذلك
ولا كذلك في شهادتهن أنها عذراء أو رتقاء بالحد لأن ذلك يرفع حقا قد وجب وكذب
البينة في شهادتها أنها زنت فلم تقبل قبل وإنما قال في المدونة إذا زنى بامرأة
فأفضاها فلا شيء لها إذا أمكنته من نفسها وإذا تزوجها فأفضاها فلها ما
شانها لأن الزوجة واجب عليها تمكين نفسها ولا تستطيع الامتناع من ذلك
فلذلك كان عليه ما شانها والأجنبية الواجب عليها منعه فلما أمكنته لم
يكن عليه لها شيء كما لو أذنت له أن يوضحها وإنما قالوا باعتبار الإحصان
في الزانيين ولم يقولوا باعتباره في المتلاعنين لأن اللواط أشد تمردا وأعظم جرما

مسلم

من الزنى لانه وطء في موضع لا يجوز ان يستقبله مشتبه والمزني بها يجوز ان
يستباح وطؤها بعقد النكاح وايضا الاحصان لا يقع من جهة الدبر وانما يقع
من جهة القبل فكيف يجوز ان يقال حتى يحصن لان الاحصان انما هو ليعف بالحلال
في الموضع المباح وهذا لا يجوز ان يباح الوطء فيه فلهذه العلة لم تراع الاحصان
فيه واما لم يوجبوا الحد على من تزوج معتدة على المشهور واوجبوه على من
نكح خامسة او مطلقة ثلاثا مع ان كلا منهما محرمة في وقت دون وقت فلان تحريم
المعتدة اشد لان عدتها تمنع من نكاح كل احد وتحريم الخامسة مقصور على من في
عصمته اربع وكذلك المطلقة ثلاثا انما تحرم على مطلقها لا غير ثم ان نكاح
المعتدة ينشر الحرمة بينهما وبين ابائه وابنائه لشبهة النكاح ولا كذلك
المطلقة ثلاثا والخامسة فانه لا ينشر فيهما تحريم المصاهرة قاله بعض الشيوخ
تنبيه ضعف بعض الشيوخ هذا الفرق بان نشر الحرمة على قوله للشبهة
المستحكمة للحد فلا يحسن التفريق به وهو كما قال واما لم يحد من جمع بين امراة وعمتها
او خالتها ومن جمع بين الاختين من الرضاع ويحد من جمع بين الاختين من النسب والجميع
جمع حرام لان الاول تحريمه بالسنة وليس محرما بالكتاب والثاني محرم بالكتاب
قاله عبد الحق وهذا امر يعتمد عليه ان ما كان محرما بالكتاب فهو الذي يحد فيه وما
كان من تحريم السنة فلا يحد فيه واما قال في المدونة اذا ارتدت ام ولده فوطئها
وهو عالم انها لا تحل له في حال ردتها لم يحد وكذلك من وطئ مجوسية عالما بالتحريم
فانه لا يحد واذا تزوج مجوسية فوطئها عالما بالتحريم فانه يحد لان ارتداد ام الولد
لا يسقط ملكه عنها ولا [illegible] تعتق عليه بلا خلاف ولا حد على من وطئ بملك اليمين كاف
وان الموطوءة المجوسية لقوة شبهة الملك ولا كذلك مجوسية فوطئها عالما
بالتحريم اذ لا شبهة ملك له فيها واما اوجب في المدونة قيمة الامة المحللة
اذا وطئها من احلت له حملت او لم تحمل ولم يوجبها على الشريك الواطئ فيها الا اذا
حملت لان الشريك يدرا عن [illegible] الامة ويمنع شريكه من وطئها ابدا ويرجعه الى احكام
ولا كذلك في المحلل لانه هو الذي اباح له ذلك ثم كذلك في الاب يطا امة ابنه لان الابن
ينفي على الاب ولا يقدر على منعه منها واوضحاه في الشريك وكذا [illegible] والمحلل

فذاك وليه بان نفسك بما جنى مما قصر له من عارية الفروج وان كان يوما او نحوه فلا له
او نحوه كالقيمة وانما اوجبوا الحد على المكره على الزنى ولم يوجبوه على المكرهة
مع ان الاكراه حاصل فيهما لان المكره على ان يكون مع وجود الفعل والانتشار واللذة
القاصرة ولذلك من المكرهة على الوطء

فرق في كتاب القطع في السرقة

وانما قال مالك اذا سرق احد الشريكين من مال الشركة فوق حقه بثلاثة دراهم
قطع وان سرق اقل لم يقطع واذا سرق من الغنم احد الغانمين قطع ان سرق فوق حقه
بنصاب او لا والجميع شريك لان الذي سرق من مال الشركة حقه معلوم فلذلك
راعاه ولا كذلك الذي سرق من الغنيمة فان حقه غير معلوم فلذلك لم يراعه وانما
قالوا اذا سرق زعفرانا فصبغ به ثوبا ان ربه احق بالثوب حتى يستوفيه من
الزعفران وان اخذ الثوب من الصباغ قبل ان يدفع اجرته فباعه فلا سبيل
للصباغ اليه وفي كلا الموضعين كل واحد منهما شريك في قيمة الثوب فالفرق ان الاول
لانه قد سلمه وانه رضي في الاتباع به فلم يكن له في الثوب شيء وانما قال
مالك في الذي يلقى في جوف الليل ومعه متاع فقال فلان ارسلني الى منزله فاخذته
له من منزله انه لا قطع عليه وقال في الذي سرق متاعا لرجل وقال
فلان ارسلني انه يقطع لان الذي سرق وقال فلان ارسلني قد عاينت البينة سرقته
واستتاره بدخوله منزل المسروق منه كتسور او نقب ونحو ذلك والذي لقي معه
في جوف الليل لم تعاين البينة سرقته ولا علمت استتاره فافترقا فقيمتهما قال بعض
شيوخ القرويين الاهل في منزل اذا فعل فعل الرسول من فتح الباب ونحوه لك فهذا
يشبهه فلا يقطع صدقه رب المتاع او لا فان فعل فعل السارق من النقب والتسور
ونحو ذلك فيقطع صدقه رب المتاع ام لا وانما قالوا اذا سرق نحاسا فعمله
فليس لربه ان يجبر السارق على ان ياخذه ويدفع اليه اجرة الصياغة واذا سرق
الثوب فصبغه له ان يعطيه قيمة الصبغ مع ان كلا منهما سارق فلم يجبر على احدهما
منفعته بغير ذلك لان الذي سرق النحاس فصاغه تعدى في المثل وذلك المثل شيء ومثل
غير المسروق فلا يظلم المسروق منه شيئا فلذلك لم يجبر عليه منفعته وكذلك مسالة

الصبغ

الصبغ فانه لو لم يبح له ان يعطيه قيمة الصبغ لم يعدم المسروق منه قيمة ثوبه
انما يعطيه قيمة الثوب فيصير قد ضاع عليه ثوبه فلما كان كل واحد منهما يضيع عليه
شيء كان اولاهما بالحمل عليه السارق فلذلك جاز لصاحب الثوب ان يدفع قيمة
الصبغ وايضا فالصبغ عين قائمة فهو كسلعة مختلطة بالاخرى ولا يمكن فصل احدهما على
انفراده فهو بمثابة ما لو غصب قمحا فخلطه بغيره بما مر في باب الخلط فيهما او غيره
فهو بمثابة خياطة الثوب وغيره مما ليس سلعة قائمة وانما اوجبوا الحد
على شارب قليل الخمر وكثيرها ولم يوجبوا القطع في سارق قليل المال كثيره لان الخمر
لا يوقف على مقدار فيها لعينها وانما تراد لما لا يحصل الا عند الاكثار منها فلو لم يحد
الا كثيرها لوجب ان يترتب الحد على التعاطي للكل وايضا الخمر لا حائل يحول بين
القليل والكثير منها فكان تناول القليل منها داعيا قويا في تعاطي الكثير والنفوس
تشتهيها على الاقوات وتتقوى بها واجتزاء القليل يتوقف التيسير عنه الا فلا مانع عليه
ولا يكون الاقدام عليه وسيلة الى الكثير جدا فلذلك لم يقطع سارق القليل وحد
شارب القليل من الخمر والكثير قال بعض الحنابلة وانما لا يقطع العبد والامة
اذا سرقا من مال سيدهما ويقطعان اذا سرقا من مال غير السيد مع ان الجميع حرام
لان القطع انما شرع صيانة للاموال وحفظا لها ولئلا تتناول بغير حق ولو قطع
العبد اذا سرق العبد من مال سيده لكنا قد اتلفنا عليه ماله بقطع ماله فلا معنى لذلك
وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه خادمكم سرق متاعكم وقد روي ان عليا
رضي الله عنه قال اذا سرق عبدي من مالي لم اقطعه وانما جعلوا نفقة الاب
شبهة في المال تدرأ عنه الحد ولم يجعلوا نفقة الزوجة شبهة تدرأ القطع
عنها لو سرقت من مال زوجها المحجور عليها لان نفقة الزوجة معاوضة فاشبهت
الاجير بخلاف نفقة الاب فانها مواساة وايضا نفقة الزوجة دخل فيها
باختيارها ولو شاءت لاسقطتها بالطلاق ولا كذلك نفقة الاباء فليست باختياره
وانما قال في الكتاب يقطع كل واحد من الزوجين اذا سرق من مال صاحبه من بيت
حجر عليه ولا يقطع الضيف مع ان كل واحد منهما مأذون له في دخول الدار لان احد
الزوجين قد حجر على صاحبه ذلك البيت خاصة بالتحجير والامر بخلافه كذا في الضيف فلذلك

رخصه

لم يجب عليه فلذلك لم يقطع وانما قال في المدونة اذا سرق رجل مع صبي صغير
او مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم يقطع الرجل وحده واذا سرق مع الاب او العبد لا يقطع
لان العبد والاب اذنا للسارق وهما ممن يعد اذنهما والصبي والمجنون ممن لا يعد اذنهما
قاله ابن يونس وايضا دراية العبد من الصبي والمجنون لم تكن شبهة له في المال لان
اذنه اذن وانما كانت لكونه غير مخاطب بالشرع وكان حكمه حكم من سرق وحده اذا
وامر صبيا او مجنونا فحملاه او سرقا معا جميعا وقيمتها ثلاثة دراهم ولو سرق العبد
من موضع حجب عنه سيده فقال مالك لا يقطع وقال في مختصر الوقار يقطع والاول
اشبه لان للعبد شبهة في المال بالاتفاق قاله اللخمي وانما سقط حد الردة والحرابة
بالتوبة ولم يسقط حد الزنى والزندقة والسرقة والشارب بتهمة ان يكون ذلك منهم
تحيلا لاشتغال الحد عنه لاستتاره بذلك قال تعالى فلما راوا باسنا قالوا امنا بالله وحده
وقال تعالى فلما ادركه الغرق قال امنت وانما قال في المدونة فيمن سرق سرقة
لرجلين واحدهما غائب انه يقطع ويقضي للحاضر بنصف قيمتها ان كانت مستهلكة
ثم ان قدم الغائب والسارق عديم فان كان يوم القطع مليا بجميع القيمة رجع على
شريكه بنصف ما اخذ وقال الاخ اذا اقتضى احد الغريمين نصيبه والغريم مليء ثم قدم الغائب
انه لا يدخل على المقتضي فيما اخذ لان السارق لما قطع انتشر ومضى على بقاء ما وجب
له في ذمته فكان كمن اوفى القاضي نصيب الاخ فلما جمل وغلط حازه فيمنعه غير
جائزة فلم يتم للغائب رفع قبضه ولا كذلك في المسئلة الاخرى لانه سوا لنا انتما الغريم
على بقاء دينه في ذمته قبل القسمة جائزة فلا رجوع للغائب على القابض اذا حكم له
القاضي بقبض نصيبه قاله ابن يونس وانما قال ابن القاسم اذا امر السارق من يسجن
فاقر بالسرقة ان اقراره بعد عيد او سجن لا يلزمه واذا اقام عليه شاهد واحد انه طلق
امرأته او عتق عبده فيجب عليه اليمين فيتكل عنها فيسجنه الحاكم فيقر في السجن
ان اقراره يلزمه والكل اقرار في السجن لان الذي قام عليه شاهد واحد بطلاق او عتاق
هو قادر على اليمين فاذا حلف لم يتعلق عليه سجن ولا ضرب فقد اختار ترك ذلك
فلم يعذر بالسجن والاخر قد كان اجري ذلك لا اختيار له فيه فلذا لم يلزمه ما اقر به
في سجنه وضربه حسبما يراه فيه وانما اختص القطع باخذ المال على وجه

السرقة دون اخذه على وجه الغصب والاختلاس مع ان الجميع اخذ مال الغير بغير طيب نفس صاحبه لان مفسدة السرقة اشد لانتفاء الروع عن المال عندها عادة في الغصب والخلسة فاختص القطع بالسرقة دون غيرها لهذا السر وانما لم يقوم الذهب والفضة بغيرهما ويقوم غيرهما بهما لان الذهب والفضة اصول في القيم وقيم المتلفات فلا يقومان بغيرهما

فروق كتاب القذف

وانما قال في المدونة اذا قال لاجنبية زنيت صغيرة او زنيت وانت نصرانية فعليه الحد وان قال انما زنيت في حال الصبا لم ينفعه ذلك لان هذا لا يقع عليه اسم زنى وان قال لزوجته زنيت وانت مستكرهة وقال ذلك لاجنبية فانه يلاعن الزوج ويحد للاجنبية ولو جاء في هذا ببينة لم يحد وان لم يلحقها بالاستكراه اسم الزنى لان الذي قال زنيت وانت مستكرهة قد علم انه لم يرد الا ان يعيرها بالزنا وكلمت غضبا بهذا جليل عظيم يعرف به فيحمل على الاخبار مع قيام التهمة لا على الانشاء والقذف وليس كذلك في الاخرى اذ لا يعرف بزنى الصبية ان كان مثلها يوطأ لان الصبية لا عار يلحقها ولا كذلك الصبية وانما قال في المدونة اذا قال شهدني فلان بشهد انك زان او يقول لك فلان يا زان فانه يحد الا ان يقيم بينة على قول فلان وقال اذا نقل اثنان او ثلاثة عن اربعة لم يجز ذلك ويحد الشهود الا ان يقيموا اربعة سواهم واجمع ان كل واحد فقد لزمه الحد بالخروج والاخر حد القذف بجعله في هذا لا يخرجه من حد القذف الا اربعة وفي الاولى يخرجه من حد القذف اثنان لان الذي يخبر عن فلان وانما يخبر عنه من غير تعريض له وفي مسألة النقل انما نقلوا عنهم على وجه التعريض فيما قالوا وكان نقلهم تعريضا بهم ولهم الحد في القذف قاله ابو اسحاق وايضا النقلة عن الاربعة انما شهدوا ليوجبوا حد الزنى ولا كذلك في الخبر اذ لم يشهد هذا ليوجب حد الزنى وانما قالوا اذا لاعن زوجته ثم قال لها كنت كاذبا فانه يحد والمغلوب اذا قال بعد ان حد قد كنت كاذبا فعليه الحد لان اللعان يمين احدهما كاذب ولم يحد ذلك لعله كان صادقا قالوا للقاذف انما حد لتكذيبه له فاذا قال كنت كاذبا فقد سقط القذف المبتدأ موجب حد قاله ابن الكاتب وانما قال في المدونة وقد قال في زوجته وجدتها مع رجل

في تمام واحد ويجلدون له أو ما جعلته لمن يلتعن ابن ازيد عن رواية البرج في البرج
وقالوا لو قاله لأجنبية نعم لأن الزوجة لم يقل ذلك مشافهة فيكون تعريضا
وإنما قاله خبرا وهو مضطر إلى تفتيش ما شهد به لم يحد وهو كقوله لا أبا لك لا عمة
لست ابن فلان وأما بينا الزوج لو أراد ذكر غيرها ذلك لو ذكر إذ له مندوحة باللعان
وأنه لو رأى غير ذلك لم يملك نفسه عن ذكره بحكم الغيرة وكتمان البشر فإذا ذكر
شيئا دون أنه ما دون غيرها معهم فهو يدل على شبه أنه قال في كتاب محمد ولو أنه لما فهم عليه
بالتعريض فإن أنهما تركنا للحد عن قاله عبد الحق وإنما قال في المدونة إن ثبت ما
ذكر الزوج من التجرد بشاهدين لا حد عليه وقال إذا شهد الشهود والكل ثلاثة الحد
وقال الرابع رأيته بين فخذيها حد الثلاثة ويعاقب الرابع لأن الشهود في الرجم
جاؤوا ليشهدوا على الزنى وإنما هذا في هذه المسألة إنما جاء ليشهد لما قال الزوج
إذا أرادوا أن العقوبة حقت عليهم وإنما قالوا إذا شهد المقذوف عن حقه في القذف
ليقوم به حتى أحبه أنه يجوز له ذلك ويكون له ولورثته القيام به فإن كان أمره
ولم يتعرض من المقذوف اشتهاد كان للمقذوف نفسه القيام بعد حينه أنه لم يشتك تلك
أمره على الزنا وأنه كان ذلك جنة على أن يقوم أراد ولا قيام لورثته وقالوا إذا
سكت عن طلب دينه فأحب جلده وليوارثه القيام وإن هلك إنه قذف والجميع حوص
العفو لأن النساء في العيران للابتهاج ولا كذلك في الذي عاف قال كثير من الناس يطلبه
ولا يستمسك كرمه ولا يحب أن يشهر عنه أنه شتم فإذا لم يذكر ذلك حتى قال عمل
على العادة الجارية من كثير من الناس قاله اللخمي وإنما قال في المدونة فيمن قال
لعربي لست من العرب وإن قال لفارسي يا رومي أو يا حبشي أو نحو هذا لم يحد لأن غير
العرب لا يحفظون أنسابهم قاله بعض الشيوخ وإنما قالوا إذا قال لابن الأسود يا
ابن الأبيض لا يحد وإذا قال لابن الأبيض يا ابن الأسود يحد لأن كلا منهما قد يقع
في النسب يقال له أبيض على سبيل التفاؤل كما يسمى اللديغ سليما
وقالوا إنما قال في المدونة إذا لم يحد بخلاف الأمر وإنما قال في المدونة إذا
ويسمى الأعمى بصيرا فلذلك لم يحد بخلاف الأمر وإنما قال في المدونة إذا
قذف رجلا ثم ارتد المقذوف لا حد له وسقط حد أنه لا يحد قاذفه ولو قتل فهو فيها
ثم أسلم القاتل أنه يقتل به وأنه شبه كلمة أو نحو يقع الجناية فيقتل الكافر

الذي أسلم ويحد القاذف لهذا الذي ارتد أو يراعى يوم القيامة فلا يقتل الذي
أسلم كما لا يحد القاذف لهذا الكافر المقذوف ارتد حبط عمله بنفس ارتداده فكان
كالكافر الذي صلى وقد كشف الغيب أنه لم يزل مرتدا ولا يصح أن يقتل في الذي أسلم
لما أسلم كشف الغيب أنه لم يزل مسلما وأيضا العفو في القذف للمقذوف فلما ارتد
سقطت حرمته ولا كذلك في القاتل الذي أسلم فإن ذلك هو عليه لغيره ولا
يسقط إسلامه حق الغير فافترقا لذلك تنبيه ومثله في الذمي وأما الحربي
إذا قذف مسلما في بلد الحرب أو قتله ثم أسلم فإن ذلك كله موضوع عنه
والذمي بخلافه

فروق كتاب الجنايات

وإنما قالوا إذا سب الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم مسلم قتل
ولا يستتاب باتفاق واختلف إذا سب الله ورسوله كافر بغير ما به كفر ثم
أسلم هل يقتل أم لا والجميع سب لأن الكافر يعلم منه اعتقاد ذلك وإنما يقتل
على الإظهار والاستشهاد ولا كذلك المسلم فإنه يعلم منه اعتقاد عصمته صلى الله
عليه وسلم فسبه له دلالة على ردته فلذلك افترقا وإنما قالوا فيمن قتل
له ولي في الحرابة لا يجوز له العفو عن قاتله وإذا قتل له في غير حرابة فله العفو
والعفو لأن الحرابة صار حقا لله عز وجل لا للآدمي بعينه في قتل الذي
المحارب إنما قصد الجملة لا الآدمي عينا فصار الحق بسبب ذلك لا للواحد بعينه لأنه
إنما يريد القتل من أجل أخذ المال لا لعداوة فصار ضررا عاما على عموم فمن
قتل واحدا بعينه فيكون أمره إلى وليه وأمر المحارب إلى الإمام لأنه لم يقصد
واحدا بعينه فيعفو وليه فيه وإنما يقتل الزنديق وإن جاء تائبا وليس للكفر
ولا يستتاب ولا يقتل المرتد إلا بعد الاستتابة والجميع ردة لأن توبة المرتد يعلم
بشرط الكفار ولا كذلك الزنديق فإنه لا تنفع توبته لأنه لم يزل على
ذلك وهذا الحكم في كل شيء يفعله إذا أخذ فإن توبته لا تنفع عنه الحد كالسارق
والزاني بخلاف المرتد والمحارب إذا تاب عن حال توبته قبل القدرة عليه وإنما
أباحوا الفطر للمسافر بلا كراهة حفظا للرخصة مع كونه من أعظم [illegible] ولم يبيحوا القتل
والزنى واللواط بالإكراه مع كونهما [illegible] لأن [illegible] من كلمة الكفر

حق لله تعالى وحده والمترتب على الزنى والقتل واللواط حق لله ولعباده فيشترط
ابن عرفة وايضا يكون بفعله بشرط ان القتل والزنى واللواط فيتحقق وعفو له
كفى ابن فرحون وان عمار له يتحقق لان مشترط مع الاستهزاء وان حتقار والمكره عليه
مستثنى ولا يختص اذ لا يتحقق ذلك مع ابن كراه وايضا الاكراه على الكفر امر
غالب والاكراه على غيره من القتل والزنى واللواط نادر وانما قال بعض
شيوخ اللخمي في ام الولد تجني جنايات وكانت قيمتها مثل اقل الجنايات ان القيمة
تكون بين المجني عليهم بالسوية لانه لو انفرد احدهم كان له جميعها فلا يزيد الاكثر ص وقال
على الاقل وفي المجلس تشبه هي غرماء فيما يوجد له وان كان اقل الديون يغترق
ما يوجد له وفي كلا الحكمين لو انفرد صاحب الاقل لكان الجميع له لان وفاء ملئه
المجلس يكثر فيه يرد ويقل من اجل ما اسلمه اليه كل واحد من الغرماء وايضا
الغريم له ذمة تتبع بعد ذلك ولا كذلك ام الولد قاله اللخمي رحمه الله وانما
قال سحنون في ام الولد تقتل سيدها عمدا انها تقتل به فان عفا عنها اولياء القتيل
عتقت وليس لها جنت بالرجل منهما فان عفي لها من العتق القود وقال في المدبرة تقتل
تقتل سيدها عمدا او خطأ ابن ... ولياء عنها والجميع جناية عمد فيه عفو حرية
لان المدبرة تعتق من الثلث ويلحقها الدين ويتسلط عليها الغرماء قاله ابن رشد
رحمه الله وانما قال في المدونة اذا جنت امة ثم وطئها السيد فحملت ان لم يعلم
بالجناية ادى ابن قل من قيمتها يوم حملت وارش وقال في ام الولد يؤدي الاقل
من قيمتها او الارش يوم الحكم لان ابن فيه كانت يوم الجناية امة تسلم ولا كذلك
ام الولد فانها لم تكن يوم الجناية ممن تسلم فلذلك اعتبر يوم الحكم فيها وانما ص يغلم
قال اذا جنت امة فوطئها فحملت ان لم يعلم بالجناية ودى الاقل من قيمتها او الارش
فان لم يكن له مال اتبع به وقال اذا علم بالجناية واعتقها وهو عديم يرد العتق
مع ان الايلاء يرجع الى العتق لان الايلاء عندهم اقوى ولا تعلق به احكام فيها حق
الولد الآتي كيف اختلف قوله في الامة المستحقة على ثلاثة اقوال فجعل في القولين
الاولين القيمة وفي الثالث ياخذها وقيمة الولد ولم يختلف قوله في العبد ان مستحقه
ياخذه قاله الشيخ ابو الحسن وانما افتوا ابن القاسم وغيره في منع الامة الموكودة

بعد

بعد الجناية ثم حملت انها تقوم بمالها ان كان لها مال واختلفوا في تقويم ام الولد
بمالها لان مال الامة تتعلق الجناية به فيتبعها وقال لها والولد اذ حملت فيه
حادث منع من قيمتها فلا بد ان يقال كم قيمتها بمالها لان الرقبة والمال قد وجب
ان يسلما وام الولد الجناية وانما قال من جنت جناية ممنوعة من قيمتها فوقا لا فكرا
في تقويمها بمالها لذلك قاله عبد الحق وانما قال في المدونة اذا وطئ بعد علمه
بالجناية يلزمه ابن رشد بالغا ما بلغ ولم يقل يحلف انه لم يقصد التزام ابن رشد
وقال اذا اعتق العبد بعد الجناية يحلف فانظر تحمل ابن رشد ان لا يلزمه الا ان العبد
اذا اعتقه بعد الجناية يحلف بالله ما يقول الرضى ان تكون وعلى ابن رشد في هذه
ولا كذلك في هذه لانها بعد حملها هو مخاطب بما يكره من فدائها فلا فلا يقال
له قاله عبد الحق رحمه الله تعالى تنبيه قال ابن يونس انما الشرط ان جميع
ابن رشد لانه منع بوطئه من اسلامها وكانه رضي بافتكاكها بابن رشد وانما
قال في المدونة اذا وجب تسليم الامة وقد حملت يكون الواطئ عديما وعدمه بالجناية
لا شيء عليه في قيمة الولد واذا وطئ ابن من تركة ابيه امة فحملت فتبادر الغرماء
فانه يلزمه قيمة الولد لان هذه الجناية وجد فاسدها في الاصل لا تسلم في الجناية
بولدها وان كان حادثا بعد جنايتها وتباع في الدين مع ولدها فلذلك افترقا
قاله عبد الحق وانما قال في المدونة في الذي وطئ الامة من تركة ابيه
فحملت انها عليه الاقل من قيمتها او الدين وان قيمة ما يلحقها بالدين ولا يلزم الدين
كله وقال في الامة الجانية يكون ما بقي منها على ما بالجناية يلزمه الارش كله
لان الدين لا يتعلق بعينها خاصة وانما حكم ذلك ان يتبع مفروع للغرماء قيمتها فاذا
كان قيمتها اقل من الدين فهو الزائد على الغرماء فلا يلزمه غيره واذا كان الدين اقل
فلا حجة لهم واما الجناية فهي متعلقة بالرقبة ولو هلكت الرقبة لبطلت فاذا
وطئ عالما بجنايتها عد ذلك منه رضى بتحمل ما تعلق بعينها من الارش قاله عبد
الحق وانما قال في المدونة اذا عفى عن العمد القاتل عمدا على ان تؤخذ منه الدية لا
يجبر واذا عفى من العمد القاتل عمدا على ان يؤخذ كان ذلك للقاتل وجبر السيد بين
اسلامه وافتكاكه بالارش مع انه في كلا المسئلتين انما وجب له الدم لان العبد سلعة

ملك فلما جاز قتله واتلافه على سيده جاز استرقاقه ومن وجه ءاخر فالعبد ملك سيده واهل
لا يملك فلا يجوز اخذ ماله الا بطوع منه وايضا فانه يقول اوده فداهم وانفق ماله
للورثة والعبد لا حكم له في نفسه فلا حجة لسيده لان قتله واخذه عليه سواء ابى ان
يدفع الاجر فلا حجة لورثة المقتول لانهم لو رجعوا عنه الى القود لما رجعوا كما تمكلوا ولا
يستقيم ذلك في الحر لانه كان تكون الدية على عاقلته ومتى لا يحمل شيئا من عمده فافترقا
معتبر وكذلك عبد العمد وانما قال في المدونة ليس للغرماء المكاتب والعبد في جنايتهما اذا قتلا
شيء وقال في الحر يقتل يقوموا وليا وه على الدية انما تورث على الفرائض ويقضى منه دينه
لان الدية عوض عن الغريم المطلوب فيما لا الحر يقدر انه ملك الدية في اخر جزء من اجزاء
حياته لانه ممن يصح منه الملك ولان ملك العبد والمكاتب فانما هو لا يصح او يقدر ذلك فيهما
وانما قال في المدونة اذا جنى عبد ومكاتبه او عبده على مال يكون عليهما دينا ثم فلسا الا يدخل
السيد في الغرماء ومن شاء الذمة وقال فيمن عليه دين من له شيء من جناية لا يجوز والجنى عليه
فيما بيده الغرماء وهذا ليس اهله من مع ولا فرق لان دين الجاني انما هو سببا جنايته التي هي
بفعله فاشبه ما استقرت من دينه راحيا بفلان وما جنى عليه عبده ومكاتبه فان اجنبي السيد
العبد عليه واوجبه في ذمته لا منع للعبد فيه بعد ومن حكم الجناية لهذا الجنس فانه عبد العمد
وايضا عبده عبده على مال يكون عليه ككتابته اياه وكما لا يجوز بهذا قال ابن يونس تنبيه
تعقب الشيخ ابو الحسن رحمه الله من ابن يونس قائلا وفي هذا نظر لان هذا انما هو في الدية لما جنى
عنه والكتابة ثابتة في الذمة لا قوة ان الحمالة لا تجوز بها لان ذلك يجيزهما في الذمة
فاذا جنى عبد المكاتب جازت الحمالة وصار دينا ثابتا والله اعلم وانما قال في اول كتاب
الجنايات واذا قتل العبد رجلا له وليان فعفا احدهما ثم قال عفوت لكان في ذلك العبد لمن
يعفو ابن يونس من ليس وقال في اخر كتاب العارية ومن ركب دابة رجل الى بلد وادعى انه اعارها
اياه وقال ربها اكتريتها منه فالقول قول ربها الا ان يكون مثله ليس يكريها الدواب
شربه ومن ركب والجامع انه في كلتا المسئلتين ادعى عليه المعروف وهو منكر لان العفو في مسئلة
الجنايات بالاقالة انما هو العفو ولذا اسقطه وهو ليس بمدعي للعبد على غيره ولا ادعى
ما يشبه من ... والبسر على غيره مال ولا كذلك مسئلة العارية اذ هو ... تنبيه
قال بعض الشيوخ لقائل ان يقول هذا الفرق انما يتم لو كانت المسئلة في العمد وكلامه هو

وكذا هو في المدونة عمدا أو حكما وقد تعذر رد الحكم الآن بحدوث العتق وفيه موضع للانظار والله
أعلم وأستغفر الله من تطفلي على الكتاب بمثل هذا وشبه العارية من صداق عيسى من كتاب الدعوى والصلح
فيمن أتى إلى رجل فقال أعطني قدر جاريتي التي دفعت منك وقد ولدت من المشتري وقال المشتري بل
زوجتني إياها قال ابن القاسم إن كان مثله لا يتزوج الإماء لشرفه وحسبه فالقول قوله
ويقضى له بالثمن وإن كان مثله يتزوج الإماء لم يلزمه الثمن وأيضا فإن في المدونة ومن
جنى عبده جناية فقال أبيعه وأدفع الأرش من ثمنه فليس له ذلك إلا أن يضمن ومؤنته وأقوى
أو يأتي بضامن ثقة وقالوا لو اشتريت خادما لم ينقد ولم يدفع ثمنها وهو مليء بثمنها بغير رضى
البائع وإن ضعف فليس للمشتري لأن الجناية تعلقت بعين العبد وإذا أصفقت جوزه ولا كذلك
الثمن فإنه متعلق بالذمة فلما اختلف المحل اختلف الحكم لذلك قاله ابن عرفة **تنبيه** ولما
لم يقف هذا الفرع عند الشيخ العالم الفاضل أبو الحسن علي بن عبد الله محمد بن عبد السلام التونسي رحمه
الله أجرى مسألة المشتري على مسألة الجناية فيجوز إذا كان ثقة مأمونا ولا يجوز إن كان على
خلاف ذلك والله أعلم وأيضا فإن في المدونة ومن أخدم رجلا عبده سنين معلومة أو حياة
الرجل فجنى العبد خير الذي له رقبته فإن فداه بقي في خدمته وإن أبى خير المخدوم فإن فداه خدمه فإذا
تمت خدمته فلا يدفع إليه السيد ما فداه به أخذه وإلا أسلمه إلى المخدوم رقا وقال بأثرها
وأما الموصى بخدمته لرجل سنة وبرقبته لآخر والثلث يحمله إن جنى فإن صاحب الخدمة يبدأ
وفي كلام الشيخ ... الجناية في رقبته لأنه ربما فدى ابتداء صاحب الرقبة فيهما أولا فيهما
لأن صاحب الرقبة إنما قدم في الأولى لسبقية عقده ... ملكه له وهو هنا بوعد الخدمة
وصاحب الرقبة في الثانية بسبب عقد لاحق فلا يلزم من تقديم ذي الرقبة في الأولى كونه كذلك
في الثانية **تنبيه** ولأجل كون هذا الفرع ... بعض ... الأشياخ على القاضي أبي الوليد
ابن رشد رحمه الله تخريجه تقديم ذي الرقبة من الثانية في الأولى وتخريج تقديم ذي الرقبة في
الثانية من الأولى وأيضا فإن في كتاب الجنايات إذا جنى المدبر في حياة سيده وعلى سيده
دين يغترق قيمة المدبر أو لا يغترق فهلك فإنه إن أسلم الجناية أحق بخدمته إلا أن يدفع إليهم الغرماء
الأرش فيكونوا أحق ويؤاجرونه حتى يستوفوا دينهم فإن لم يأخذه الغرماء وأسلم للمجني عليه
بخدمته ثم مات السيد وعليه دين وفي قيمة المدبر كفاف الدين والجناية وفضل بيع عند
ذلك وبدئ بالبيع للجناية ثم للدين ثم عتق ثلث ما بقي وإن كان لا فضل في قيمته عنهما

وبيع

أو قيمة أقل فيما قبل الغرماء لأن الجناية أحق به منهم إلا أن يزيدوا على قيمة الجناية
فيما فدوه ويحط عن الجاني بقدر الذي زادوه بذلك لهم ثم إن ما فضل بعد ذلك كان بينهم للامي
السيد على ما فسخ في المدونة وقال في كتاب العيوب وإذا وجد المشتري بالعبد عيبا بعد
الابتياع بعد أن فلس كان أحق بهذا إلا أن يعطيه الغرماء جميع الثمن فيفعلوا ثم
ملكت الأمة قبل أن تباع كانت من المدبر وعليه مثلا ثمنه وله رجحهما مع أن في كل
منهما جزاء رقبة تعلق حق الغير بها فيهما فجعل النقصان هناك عليه وهنا عليهم
لأن الغرماء في العيوب أدوا عنه ما لزمه ولا كذلك هنا إذ لم يؤدوا عنه شيئا
لزمه لأن هنا متعلقة برقبة العبد فلا نه بعتق عن أو إنما غرم وإنما لم يجعل في
المدونة للغرماء في مسئلة الجنايات المتعددة فضلا إلا في زيادة على قيمة الجناية
بعددها وفي مسئلة التفليس لم يشترط الزيادة على الثمن مع أن الغرماء في كلا
المسئلتين استلزام دفعهم في ما تعلق به حق غيرهم لأن الجناية تعلقت بعين الرقبة
ولذلك لم يتبع الجاني عليه ولا كذلك الثمن في مسئلة التفليس فإنه تعلق بالذمة
وإذا لو اختار صاحب السلعة المحاصة لكان حقه زائدا لما حل عليه بأي مالة
قال ابن عرفة رحمه الله فقيده تعقب الفقيه الحافظ أبو عبد الله بن عبد
السلام رحمه الله شرط العبد بأن الزيادة هنا بنوع بها المدبر ويكون التعلق
بالعبد ومفادها يدا بالمدبر هنا بمنزلة المشتري وإنه شنع بما فعل البيع
وأجاب ابن عرفة رحمه الله بأن المشتري لما خرج من يده ثم لم يكن محروما في دفعه له
في غير زيادة عليه ولم يحصل هنا قط وفيه بين المدبر والجاني عليه فلا بد من
زيادة على أرش جنايته بترجيح بها الذي زاد عليه وأنكر لم قال ابن القاسم
في فرع مسئلة المدبر مترك لو اشترط الغرماء دينهم كان السيد كمن لم يكن عليه دين
ويعتق ثلث المدبر وقال في الزكاة لا زكاة على الموهوب له الدين حتى يتم له حول من
الهبة فلم يجعله كاشتراط المالك أن المال وجعله هنا كأنه لم يكن وفي كلام ابن عبد
اشتغال هو لله نفرد وجوبه فيما فيه أهله ولعل الفرق فوق تشوف الشرع إلى
العتق بخلاف الزكاة

فروق كتاب الجراحات

وإنما قال مالك إذا أقر بقتل الخطأ ثم رجع عن إقراره يقبل منه وإذا أقر بقتل العمد
لم يقبل منه وفي كلا الموضعين هو رجوع عن إقراره لأن هذا يشتمل في قتل الخطأ الدية والدية
إنما تجب على غير المقر وهم العصبة فكان إقراره إنما هو على غيره فكان كالشاهد على
الغير فإذا رجع قبل منه لأنه كالشاهد إذا رجع عن شهادته والشاهد في قتل العمد فيه
القود والقود إنما يشتمل على القاتل على الخصوص فكان إقرارا على نفسه فلم يقبل الرجوع
عنه لأنه إقرار على نفسه فلا يقبل منه الرجوع إلا أن يكون له وجه في ذلك وإنما
قال مالك الواجب في شجاج العبد الأربع فيهما بقدر ما في الحر من ديته وفيما عدا هذه
من الجراح ما نقص من قيمته وفي كلا الموضعين هو جراح العبد لأن هذه الجراح الأربع
لما كان فيها شيء مسمى في الحر وجب أن يكون ذلك فيها في العبد وأيضا فإنها لم
تعتبر ذلك فالحر الذي ذلك الحر فيها تبرأ وتزول حتى كأن لم تكن وليس كذلك ما سواها
من الجراح لا تبرأ إلا وتؤثر فلا تبرأ إلا وأن يرى أثرها فلذلك وإنما أوجب مالك الدية
في الأنف وإن فقد الشم ولم يوجبها في الأذن إذا ذهب السمع عنده إلا ربع ذهاب السمع
لأن الأذن يبقى جمالها بعد ذهاب السمع والجمال والمنفعة ولا كذلك الأنف وأن يبقى الوجه
بعد ذهابها مشوها لا يوارى بشيء وإنما قال مالك والواجب في عين الأعور الدية كاملة
والواجب في دية اليد إذا كانت الأخرى قد ذهبت قبل ذلك نصف الدية وفي الجميع تجب
في كل واحد من العضوين مع سلامة العضو الآخر لأن المنفعة توجد بأحد العضوين كوجودها
بالجميع فإذا أتلف عليه منفعتهما كانت منفعة كاملة توجد بالعينين فوجبت
الدية كاملة لأن المنفعة كاملة وليس كذلك اليد والرجل لأن المنفعة لا توجد بأحدهما كوجودها
بهما فلذلك لم يجب فيه إلا نصف الدية في إتلاف أحدهما لأنه لم يتلف عليه إلا نصف
المنفعة دون المنفعة الكاملة وإنما تحمل العاقلة أقل من الثلث وتحمل الثلث فما زاد
إذا كان حكمنا لأن الجراحات اليسيرة [illegible] ولا يتوالى تكلف عنها فلو جعلت على
العاقلة لأضر بهم ذلك فيما يرجع إلى كثرة الجنايات عند توقع نزول الجراحات وما ذا
يكثر كما قالوا في أن قليل الجوائح لا توضع إذ لا ينفك الجنان من سقوط بعض الثمار فلا
يلزم الجائح وضع القليل من ذلك وإنما قال مالك إذا اختلف أولياء المقتول
فقال بعضهم قتل خطأ وقال بعضهم لا علم لنا كان لمن ادعى قتل الخطأ أن يقسموا ويستحقوا

صح عنه

صح لأنها

نصيبه من الدية وإذا قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا لم يكن لمن ادعى القتل
عمدا أن يحلف ويستحق الدم وفي كلام الحوفي تعبير آخر خلاف فوجود لا و قتل خطأ فإنه يحلف
العمد لأن العمد إنما يراد لأخذ القود وهو لا يتبعض والخطأ إنما يراد لأخذ الدية وهي قابلة
في تبعيضها فكان لكل واحد من الأولياء أن يحلف ويستحق نصيبه من الدية لأنه إنما
يحلف على مال يستحقه بمنزلة جماعة ثم قبل انسان [illegible] تتوجه عليهم اليمين فإن نكل أحد
يحلف يستحق نصيبه وليس كذلك العمد لأن الواجب فيه القود والقود لا يستحق إلا
باجتماع الأولياء. وأما إن قال قائل يقبل قول الميت دمي عند فلان ويكون لوثا يوجب
القسامة ولا يقبل قوله عند موته لي عند فلان مال ولا يحلف الورثة بقوله مع أنه في كلام
الحوفي تعبير عن [illegible] لأن ذلك حراسة للدماء من أن يتكلم والاجتراء عليها وقوى اليمين
أقوى من قول الشاهد لأنه عند الموت أقوى وأكثر اجتنابا للتهلكة من اختله لم يبعد أن
يدعي على غيره دما فتستحل [illegible] من الحكم إلا حرام وقوي قوله بالقسامة اليمين [illegible]
الإيمان ولا يشبه ذلك دعوى المال لأنه يمكنه أن يدعيه لنفسه [illegible] فيه
تنبيهات الأول قال ابن العطار رحمه الله ولقد استكل الجزم بما قاله مالك رحمه الله
أهل الشر والبطالة على أهل العافية والانقباض والصيانة وجعلوا التدمية جنة لهم
وطريقا يسلكون بها إلى مقصودهم وإذا طلب الرجل منهم من برئ أو بوجه من وجوه الحقوق أو غيره تمارض
وتمارض وقال دمي عند فلان حتى يعتذر الطالب بالدين بما له عنده لأنه يعد [illegible]
الحال في تلك حجة أخرى ولو قال أو ورع الناس في مرضه وخلا انزعه في عند فلان ذم
واحد لم يصدق ولم يؤخذ بقوله وإنما يجب عليه اليمين في إنكاره ولو قال قائل لا يصدق
في مثل هذا إلا أهل العدل المشهورون والورع المعروفون إذا ادعوا على من تلحقه الظنة أو تقرب
منه التهمة لكان حسنا من القول انتهى قال شهاب الدين القرافي رحمه الله في التنبيه
الثالث من الجزء الثاني والثلاثين وإنما تبين خوالفه [illegible] في خمسة مواضع يقبل
فيها قول الطالب أحدها اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن
زوجته الفواحش بجهده فحيث أقدم على رميها بالفاحشة مع أيمانه أيضا فوقعا الشرع وثانيها
القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث وثالثها قبول قول الأمناء في التلف
لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فيفوت ما تمس الحاجة إليه على حفظ الأمانات

وكذا بعضها يقبل فيه قول الحاكم في التجريح والتعديل وغيرهما من الأحكام لئلا تفوت
المصالح المترتبة على الولاية للأحكام وكذا منها قبول قول الغاصب في التلف مع
يمينه للضرورة الحاجية لئلا يخلد في الحبس فإن الأمين قد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة
ومن جهة الشرع والملتقط ومن ألقت الريح ثوبا في بيته. وإنما قالوا لا يقسم الدم
أولياؤه في قول الميت فلان قتلني فلا يحكم إلا بشاهدين وفي العمد بشاهد واحد في
قول الميت في الخطأ يجري عندهم مجرى الشهادة لأنه شاهد على العاقلة والشاهد لا ينقل
عنه إلا اثنان بخلاف العمد فإن المقتول إنما يطلب بثبوت الحكم ولو شهد على إقراره بذلك شاهد
واحد كان المقتول والله أعلم. وإنما لم يجعلوا للوصي التزام أخذ الدية وجعلوا له استحياء
العبد القاتل وتملكه وإن كان للصبي الا أن يفتكه بالدية الا أن العبد الجاني يكون التصرف فيه
فلا يجوز الزائد ذلك لخلو الذمة مما يشغلها وإذا عفى على أخذ العبد فإنه لا تشغل
ذمة العبد بشيء ولا ضرر في ذلك أيضا على الصبي فإن الوصي لو أراد قتله لم يكن للصبي حجة
في بقاء عقبته واستضرار ولكنه فإذا عفى على أخذ فإنه لم يتضرر الصبي بذلك فوجب أن
يتمكن من منع الوصي من استحيائه بدلا من قتله فإنه. تنبيه: وهذا إذا ثبت القتل ببينة وأما
إذا لم يكن إلا إقرار العبد لم يلزم العفو على الأخذ لتطرق التهمة في الإقرار حذرا أن يكون العبد
يملك الفرار من السيد فليشرح [illegible] الا أن يقتل أو يتبع. وإنما قالوا إذا نكل مدعوا الدم عن
القسامة مع قول الميت دمي عند فلان أو مع شاهد واحد على القتل وردت الأيمان على المدعى
عليه فنكلوا أو سجنوا ثم أقروا بالقتل أنهم يقتلون وإذا كانت القسامة بجرح أو ضرب ثم مات
يحلف ما مات منه وقام من جرحه فمات فإن نكل حبس حتى يحلف فإن حلف ضرب مائة وحبس عاما
وإن لم يحلف واعترف أنه من ضربه مات لم يقتل ولا يراد يحلف للأحلوف في الإقرار مع قول
الميت فلان قتلني أو مع شاهد واحد على القتل محقق فيه ولا كذلك في الثاني لأنه إنما حقق فيه الجرح
والضرب مع احتمال أن يكون مات من غيره. تنبيه: يجب على هذا التعليل أن يضرب أولا ويحبس
عاما ولا يطلب اعترافه إذ لا يقتل به ولا تشرع أيمانه لا اعترافه لا ينفع فيكتفى بنكوله عن
الأيمان ولهذا قال أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ لا يجبر لأنها نفس فلا ملعب. وإنما قالوا
إذا قيل فإنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد على معين ويثبتها الذين يريد الأولياء قتله وإذا كان
اللوث على جماعة في الخطأ فلا يقسم الأولياء إلا على جميعهم وتوزع الدية على عواقل

جميعهم لان من هو كل واحد منهم في قتله ان يقول انا ضربت فمنا اجمعين فلا تقتصوا على قاتلين بالريبة
ولا حجة لمن عينوه في العمد لان الواجب دفع القسامة لضعفها عن البينة والاقرار بيستحق
بها للقتل اكثر من واحد فافترقا لذلك والله اعلم وانما قال ابن القاسم في الصغير اذا
استهل صارخا ولم يتراخ الموت فالدية بقسامة وفي الكبير اذا لم يتراخ فالقود في العمد
والدية في الخطأ بغير قسامة لان الصغير لضعفه يخشى عليه الموت بادنى الاسباب
ولا كذلك الكبير وانما اوجبوا في جنين الامة عشر قيمة الام ولم يوجبوا في جنين البهائم
الا ما نقص من قيمة امه لان للادميين مزية وحرمة على غيرهم واذا كان في جنين الحرة الغرة
والامة عشر جزء امه لاجل الحرمة والله اعلم وانما وجبت الدية او العقوبة على
الزوج اذا افتض زوجته ولا تجب على الزاني بها طوعا منها لان الزانية بها قد اسقطت
حقها بتمكينها من نفسها بخلاف ذات الزوج فانها مجبورة على التمكين شرعا ولا كذلك
الاجنبية فانه يجب عليها منعه فلذلك افترقا وانما لا يتزوج امرأة في حفظ تحت
المهر ويتزوج امرأة البكارة لا يكون الوهم اذه بالزنا ولا كذلك الاعفاء والله سبحانه
اعلم وانما اوجبوا اليمين على مدعي الدم اذا ادعى عليه القاتل العفو بخلاف الدعوى ولم
يحلفوها في دعوى المرأة الطلاق على زوجها والعبد على سيده الحرية وفي كل منهما دعوى
بشرع لان القتل اشد ولا كذلك الطلاق والعتق فانهما يتكرران فلو الزمنا اليمين
للزوج والسيد كلما ادعت المرأة الطلاق والعبد الحرية لادى ذلك الى عموم الحرج وانما
تؤخر الحدود اللاتي في قطع ايد كثيرة للقصاص ولا تؤخر في قطعها للحرابة لان حد الحرابة اما
القطع واما القتل ولا كذلك غيره لان حده انما هو القطع فقط وانما يعفو السلطان
في القتل لشفقته النفس على المشفوع ولا يعفو لمشفوع الطرف اتفاقا مع ان الجميع فيه ولا يجني
عليه لو نوى القصاص لحمله الغيظ وشدة الغضب والحرص على التشفي على الزيادة في
المثلة ولا كذلك القتل وانما قالوا اذا جنى صاحب اللسان الابكم والاعمى على الصحيح
انه لا يكون للصحيح عليهما الا العقل على الصحيح من القول واذا جنى صاحب اليد الشلاء
على اليد الصحيحة لم يكن للصحيح على ذي اليد الشلاء الا العقل اتفاقا لان في العين العمياء
جمالا وفي لسان الابكم ابن حماس والذوق ولا كذلك اليد الشلاء فلذلك افترقا وانما
قال مالك باعتبار جراح العمد بعد البرء بقيمته ولم يقل ذلك في موضحته ومنقلته

وعلا موقعه وجا بعنه لان سائر الجراحات اذا برئت نفعهما ثابت قائم ومنزلا للاشياء
اذا برئت عادت سيئتها ولن تنقص من العين شيئا معلوم وعين من رؤيتها بعد ذلك التي
ذهاب جناية الجاني ولن يتعلق عليه من اجلها بشيء فلم يكن بد من عقل المقدار الذي ذكر
قاله عبد الحق وانما يقتص ليعرف من العين والكامل في النفس ولا يقتص منهما في الكره
لان الكره العين والكامل باب في نهاية الحكم الا مسلم جناية الاليه الشلاء او النافعة
نفعها ما كثيرا بل تمام من تستويه في البدل الكاملة وان هي للمجروح بذلك بان ذلك لا
يكون في معنى القصاص بل في معنى العذاب وأما النفوس فلما يستوون فيها النافع والكامل
لا يستوا الصبي والصحيح وان نقصه عيبه فلم يكن فيقتل الكامل بالمسلم ولا العبد بالحر
من ابواب المثل والعذاب بل جار على ابواب القود ولا ينعكس حتى يقتل الحر بالعبد
ولا المسلم بالكافر ولكن الى التفاوت في الدين وهو غاية في الخسر فنبيه فرع قال
جماعة من اهل بلدنا تمام الكتبة الى ترجيح قول ابن القاسم وابن عبد الحكم وقالوا لا فرق
بين النفس والكره واذا كان العبد يقتل بالحر والكافر بالمسلم وكذلك ينبغي ان يكون
في الاكراه مخيرا لمجروح بين ان يقتص منه او ياخذ من يد الجارح الا ان يعجز يسيرا وكلاهما
فوق عقد ولا كن العدو لها لك لما فرقنا وانما قال ابن القاسم في السن تطرح عمدا ثم
ترد فتثبت بعقل الجاني عقلها تاما وقال في الاذن ان في الخطا فتثبت لا دية فيهما
لان الاذن اذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم والسن لا يجري فيها دم
ولا ترجع كما كانت وانما ترد للجمال وانما قالوا ان اجرى في العين بياضها وقرا اخذ ديتها
العربية فبلان قد تحرم اه عليه ردها وان ادنى السن في الحكم لان العقل للسن لا يكاد
يعود الى هيئته ولا يرجع الى قوته ومن قد سقط وزال عن موضعه حقيقة واما البياض
فلم يذهب عينه النظر وانما اذهب ثم عاد وانما تقرا بزوال الاثر ورجع الى حاله في التفكير
فحدا معتد وانما قال ابن القاسم لا يستكمل بالعين القائمة بعضاء السنة ويتفكير
انقضاؤها بالعين المنفسخة لان انفساخها من جرح لا بد من برئه فيشكل في ذلك واما العين
القائمة فقد تبقى على حالها ترجع ابدا وهو موجود في الناس من لا يرى من عينه الصحيحة
فلم يشكل فيها شيء بعد مرور الحصور الذي حط عليها وانما قال ابن القاسم في
العين يعرض عقلها ثم يذهب البياض انه يرد العقل وقال في الدابة تقل بغير المتعدي

وانما قالوا في العين اذا زال بياضها

وانما ترد للجمال

قيمتهما ثم تؤخذ ثمانيتهما ذكور لك لان في الرواية اوشاء يجعل بقيمتهما وانما قال في
المدونة اذا قطع يمين رجل وكان يمين له اوله يمين شلاء ففيهما في ماله لا على عاقلته وقال في
المدونة والجائفة ففيهما على عاقلته والجامع ان كل واحد منهما جراحة عمدا ان تبع
القصاص فوجب ان تكون في مال الجاني لان الجائفة والمأمومة موضعهما قائم ولا قود
فيهما ولا كذلك اليد وانما قال في المدونة اذا طرحت سن الصبي لا يراد بينتظر بعد
الاثغار فاذا نبتت وكانت لم ينتظر لها شيء بخلاف الكبير وانما قال في المدونة في سن
الصبي اذا قلعت عمدا انه ينتظر فيها بان يرد من قيلتها وفي سن الكبير يقتص من غير استيناء
لان سن الصبي تنبت وسن الكبير لا تنبت اذا انزعت فاذا لم تنبت سن الصبي بعدها مثل سن
الكبير فوجب القصاص وانما قبلت تزكية المراة والمسخوط ولم تقبل تزكية الصبي
الصبي والعبد والنصراني لان المسخوط له اهلية الشهادة ومن ثم قد تجوز شهادته قد
وقد يعدل في وقت اخر وكذلك المراة تجوز شهادتها في بعض الاحوال فلذلك قبلت
تزكيتهما والصبي والعبد والنصراني بخلاف ذلك تنبيه ورد في المدونة بين الصبي
والمراة والمسخوط ان الصبي اذا اقام شاهدا واحدا على حقه لم يحلف مع شاهده قال
ولو ان امراة ومسخوطا اقاما شاهدا واحدا على حقهما حلفا مع شاهدهما وثبت
حقهما ومثله العبد وكذلك المراة والعبد والنصراني فانهما يحلفان مع شاهدهما ولا تقبل
تزكيتهما والله اعلم وانما قال في المدونة اذا قطع اشل اليمين يمين رجل له العقل ولا
قصاص له واذا قطع يمين رجل وبيده مقطوعة الكف او ثلاثة اصابع منها انه مخير
في القصاص او اخذ العقل لان اليد الشلاء كالميتة لا ينتفع بها واليد فيها من المقطوع
يد او ما الذي قطعت اصابعه وكانت فيه منفعة فكان من المقطوعة يده فان شاء اخذ
فلذلك افترقا قاله ابو عمران وانما قال اللخمي يقتل بالقسامة اكثر من واحد ولم يقل
بوجوب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد من الجماعة بالقسامة لان قتل الجماعة بالواحد
مشروع وقتل الواحد باكثر من الدية لم يرد به شرع فافترقا لذلك تنبيه قال ابن عرفة
رحمه الله وقفت في كتاب الاستغناء لابن العربي ان اتباع الحرفيين نقل عن مالك ان ... ل
من الجماعة اكثر واحد بالقرعة يعني في القسامة في قال وسوى هم قال ابن عرفة ونقل
قوله بالقرعة تحمل قوله على ثبوت القتل بقسامة المالكية وان قيل في شرعية القود

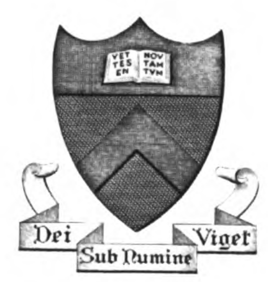
على

على الجماعة خروج عن القاعدة فإنه يقتل من ليس قاتلا على الكمال وقد قال الله تعالى
وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقتل غير القاتل خروج عن الأصل فلا يصار إليه قلنا
قد قيل هذا بعض الناس وقال قتل الجماعة بالواحد خارج عن القياس وإنما قلنا إن الجماعة
تقتل بالواحد لأن عمر رضي الله عنه وليس هذا المسلك مرضيا عند المحققين بل الجماعة تقتل
بمقتضى القاعدة التي ننبه على مأخذها بقوله ولكم في القصاص حياة فجعل الله شرعية
القود ... عن الدماء فلو لم يشرع القود على القاعدة لاتخذت الكلية الاستعانة
ذريعة إلى سفك الدماء فوجب القصاص بمقتضى حكمة القاعدة الضرورية وقال أيضا
حرمة الدماء فتبنيه على الاحتياط حزما على الحياة للجناة وهو على خلاف قاعدة
الحدود لأن الحدود تدرأ بالشبهات والقصاص يثبت مع الشبهة ولذلك تقتل الجماعة
بالواحد تغليبا لأمر الدم فإنه لا يتصور أن يكون كل واحد قاتلا على الكمال لأن المقتول
واحد وتعدد القاتل وانفراد المقتول لا يمنع ولكن تغليب أمر الدم اقتضى أن ينزل كل واحد
كالمنفرد بالقتل فهذه قاعدة شرعية في صيانة الدماء وإنما قال ابن القاسم فيمن
تردى في بئر فصاح برجل يدلي له حبلا فدلاه ووجده فلما خاف على نفسه من وقعه خلاه
فمات أنه يضمنه وقال إن الكلب عض بغلا فأخذه ثم خاف الموت فتركه أنه لا شيء
عليه لأن في مسألة الغريق إنما هو بتقصير ما كان عليه وفي مسألة الكلاب بفعل من لا وجه
عن البهيم وشارك بشفقته من فعل وجه قاله ابن عرفة وإنما استحب في المدونة
للأب والوصي إذا قتل عبد اليتيم أن يختار أخذ المال ولم يستحب ذلك إذا قتل وليه
أو جنى على أطرافه لأن العبد مال ولا نفع له في القصاص وليس بمال ولأن الجناية
على وليه أو على أطرافه فإنها ليست بمال وفي أخذ المال عنهما معرة عليه و
والله سبحانه أعلم وبه التوفيق وقال مؤلفه أحمد بن يحيى لطف الله له
في الحال والمآل هذا آخر ما توجهت إليه العناية والحمد لله واهب العقل
بلا نهاية والشكر له على ما أولى من الفضل والهداية والصلاة والسلام الأتمان
على سيدنا ومولانا محمد المنقذ من غمرات الجهل وظلم الغواية وعلى آله وأصحابه
وأصحابه وأزواجه المثني عليهم في غير ما آية صلاة وسلاما نجد بهما جنة ووقاية
ووافق الفراغ من جمعه وتقييده وإعداده وتحريره بفضل الله تعالى وتأييده
وتوفيقه وتيسيره خامس عشر ربيع الثاني عام خمس وثمانين وثمانمائة عرفنا

الله خيرا له ووفانا بحسن فضله منزله ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم
وهو حسبنا ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

انتهى الملازم 22 الأول بتصحيح الفقيه العلامة سيدي احمد الرهوني والملازم الخمس
بتصحيح الشريف العلامة مولاي الكامل بن الحسن الكتاني الحسني والنبيه الفاضل
مولاي احمد الشبيهي كان الله للجميع آمين
وصحح الطالب ابن صبرة تصحيح الملازم العشر الأخيرة من هذا الكتاب
لوفاتهما فكل من انتسخ منه لعذرهم وغيبتهم ومحمد بن سعيد الركراكي المكناسي
كان الله لهم بمنه آمين

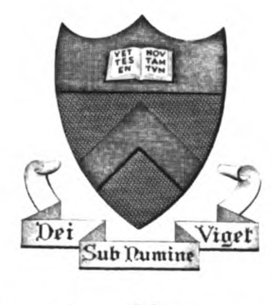



VET TES EN
NOV TAM TVM
Dei
Sub Numine
Viget




Digitized by Google




VET TES EN
NOV TAM TVM
Dei
Sub Numine
Viget




Digitized by Google

